This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 3P7D 0

Digitized by Google

1.00

Bd. Sept. 1906

HARVARD LAW LIBRARY

Received Aug. 4, 1906

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Cung 8

PROF. VALERIO CAMPOGRANDE

TRATTATO

DELLA

FIDEIUSSIONE

NEL DIRITTO ODIERNO

TORINO
FRATELLI BOCCA, EDITORI
Librai di S. M. il Re d'Italia

ROMA
Corso Umberto I, 216

MILANO
Corso Vitt. Eman., 21

FIRENZE
(F. LUMACHI Succ.)
Via Cerretani, 8

Deposit. gener. per la Sicilia: O. FIORENZA, *Palermo*

1902

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Rec. Aug 4. 1906

Torino — Tip. Baglione e Brajotto, via Ormea, 3 — 1902.

Digitized by Google

A MIA MADRE

A MIO PADRE

Digitized by Google

Digitized by Google

PREFAZIONE

L'elaborazione scientifica che va compiendosi in Italia e fuori, intorno ai rapporti giuridici del diritto privato, non ha ancor dato un'opera sistematica sulla fideiussione, nella quale siano riuniti e fusi gli elementi tutti dai quali debbono risultare le trattazioni condotte con l'odierno indirizzo.

Ricerche strettamente scientifiche sulla fideiussione si trovano soltanto, e in non grande misura, nella dottrina tedesca; ma più sotto l'aspetto del diritto romano puro e comune, che non sotto quello del diritto presente.

Nella dottrina francese hanno un notevole valore, fra gli altri, il trattato del Troplong in forma di commentario al Codice francese; quello recente del Guillouard, e l'altro ancor più recente del Baudry-Lacantinerie e del Wahl, in forma di esposizioni sistematiche. Questi due ultimi trattati, pregevoli dal lato esegetico, costituiscono un progresso sui lavori precedentemente apparsi, se non per maggiore ampiezza di ricerche, per maggior rigore di principii.

In Italia offrono pregi di esposizione il lavoro del Corsi, quello del Mirabelli e l'altro più recente del Galdi che ha la forma del commentario.

Ma le trattazioni straniere, non escluse le tedesche, e più ancora le italiane, sono lontane dall'avere utilizzato il cumulo cospicuo dei materiali scientifici che si riferiscono al nostro contratto, specialmente per quanto concerne la legislazione

Digitized by Google

comparata, in esse molto scarsamente esplorata, l'elemento storico ivi circoscritto quasi esclusivamente al diritto romano e a qualche altra legislazione, e lo sviluppo completo della teoria generale, ristretto a poche e non tutte esatte affermazioni.

L'insufficienza delle ricerche storiche nelle opere dei trattatisti si manifesta specialmente per quanto concerne i principii scritti negli Statuti italiani, dei quali non si trova nelle dette opere cenno alcuno. Lo svolgimento storico delle norme relative alla fideiussione non può essere pertanto completamente esposto in piena luce, qualora non si investighino direttamente sulle fonti le numerose disposizioni statutarie italiane, pur facendo tesoro dei dati forniti dagli storici del diritto.

È poi doveroso l'esame critico delle più importanti teoriche professate dalla dottrina tedesca odierna circa i principii fondamentali della fideiussione; esame a torto trascurato nelle pubblicazioni italiane e francesi sulla fideiussione, e tanto più utile in quanto, mentre scriviamo, non sono ancora apparse le importanti note dei prof. Fadda e Bensa alle Pandette del Windscheid, nella parte relativa alla fideiussione; per modo che manca presentemente agli studiosi una indicazione. Con tale ricerca riesce più completo lo studio sulla natura giuridica della fideiussione, che è il fondamento del rapporto di cui trattiamo.

Un conveniente sviluppo è pur dovuto allo studio della fideiussione commerciale su cui regna ancora molta incertezza, nonchè ai raffronti della fideiussione con gli istituti affini e specialmente con l'avallo, e col mandato di credito che nel presente lavoro è largamente contemplato sotto l'aspetto civile e commerciale.

Nè si può tralasciare l'esame della fideiussione prestata o ricevuta dalle persone giuridiche, della fideiussione in materia amministrativa, del diritto transitorio e internazionale. Argomenti troppo trascurati dai trattatisti della fideiussione.

Digitized by Google

Poichè il diritto deve ispirarsi sia alla realtà della vita come ai dettami della scienza, abbiamo procurato di contemperare le esigenze del Foro e quelle della Scuola, dando equo svolgimento alla giurisprudenza e nello stesso tempo ai principii dottrinali, senza di che la stessa pratica degli affari brancola fra le incertezze e gli errori nascenti dall'assenza di una guida atta a indicare una sicura via d'uscita, anche là dove la conoscenza empirica degli affari è impotente a scoprirla. Ecco perchè nel sostenere talune opinioni abbiamo fuso con gli argomenti strettamente giuridici le considerazioni utilitarie che la pratica degli affari suggerisce.

Torino, febbraio 1902.

VALERIO CAMPOGRANDE.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE GENERALE

TITOLO I

I CARATTERI DELLA FIDEIUSSIONE

Capo I.

CARATTERI STORICI.

Sommario: 1. Sintesi storica dei caratteri della fideiussione.

1. — Accessorietà dell'obbligazione fideiussoria, quasi inafferrabile nel diritto greco, in cui la fideiussione, più che contratto accessorio ad altro principale, appare come un elemento essenziale di quest'ultimo. Accessorietà poco accentuata nel diritto barbarico dove il fideiussore è, di fronte al creditore, come un debitore principale direttamente tenuto a soddisfare l'obbligazione. Esplicazione della natura accessoria nel diritto romano e nelle legislazioni che ne subirono l'influenza, quando la fideiussione diventa un'obbligazione connessa e sussidiaria ad altra obbligazione — principale — di cui non è elemento essenziale.

Distacco della fideiussione *volontaria* dalla fideiussione *necessaria*, nel diritto barbarico e feudale.

Indipendenza dall'obbligazione principale, più grande nel diritto greco che nel diritto romano e odierno.

Primordiale regime legislativo di rigore verso il fideiussore per quanto concerne la responsabilità, sia nel caso di un fideiussore unico come nel caso di pluralità di fideiussori, e per ciò che riguarda l'esecuzione della garanzia, sottoposta, in talune legislazioni, a norme rudi e rigide. Passaggio da tale regime ad un sistema più favorevole ai garanti, in base

Digitized by Google

a speciali benefici loro accordati e ad una più mite e giusta procedura di esecuzione.

Dualismo tra l'elemento germanico e il romano che si contendono la prevalenza nel diritto intermedio, specialmente per quanto concerne il grado e il modo della responsabilità dei fideiussori; dualismo che termina con la vittoria, totale o parziale, generale o locale, dell'elemento romano, ai garanti più favorevole, come appare nella legislazione statutaria italiana, nel diritto consuetudinario italiano e francese, fino al diritto odierno.

Ecco la sintesi in cui si riassumono i caratteri più salienti dello svolgimento storico subìto dalla fideiussione nelle legislazioni, nelle costumanze e nella dottrina.

La natura giuridica, il contenuto, la funzione economica della fideiussione odierna hanno per fondamento la detta evoluzione da cui conviene prendere le mosse.

Esporremo qui pertanto i caratteri storici della fideiussione, riservando l'esame dei singoli istituti dai quali essa risulta alle sedi per ciò più opportune, a fine di evitare inutili ripetizioni.

Sezione I.

Legislazioni anteriori al diritto romano.

§ 1.

Leggi ebraiche e indiane.

Sommario: 2. Il libro dei Proverbi. — 3. Il codice di Manù.

2. — Che la fideiussione fosse usata presso gli Ebrei si deduce indirettamente dagli ammonimenti di Salomone, il quale, nel libro dei Proverbi, cap. VI, vers. 1 e 2, avverte: « Figliuol mio, se tu hai fatta sicurtà al tuo prossimo, se tu hai toccata la mano ad un estraneo, tu sei allacciato con le parole della tua bocca ». E nel cap. XXII, vers. 26 e 27, lib. cit.: « Non esser di quelli che... fanno sicurtà per debiti; per qual cagione se tu non avessi da pagare, ti si torrebbe il letto di sotto? ».

Digitized by Google

Ma quali norme governassero la fideiussione presso questo popolo, non ci è dato sapere.

3. — Traccie della fideiussione si trovano altresì nella più importante delle antiche leggi indiane: « Manava darma sastram », ossia il « libro della legge dei Manava » detto anche « il libro delle leggi del genere umano » e, comunemente, « codice di Manù » (1).

Troviamo qui il germe del concetto, comune ad altre legislazioni, che la fideiussione è un contratto gravoso.

169. « Tre sorta di persone soffrono per altrui: i testimoni, i *mallevadori*, gl'ispettori delle cause... ».

L'obbligo del fideiussore di soddisfare egli stesso l'obbligazione garantita, se il debitore di cui garantì il comparire non la soddisfa, è affermato senza condizioni di favore per il fideiussore medesimo.

158. « Chi si rende mallevadore quaggiù del comparire d'un debitore, e non può presentarlo, deve pagare del suo ».

L'obbligazione assunta dal fideiussore di un pagamento passa agli eredi di esso:

160. « Quest'è la regola stabilita nel caso di malleveria pel comparire altrui; ma quando un uomo che aveva guarentito un pagamento viene a morire, il giudice deve fare pagare il debito dagli eredi ».

Quanto all'erede del fideiussore che prestò garanzia, ma non per il pagamento d'un debito, esso è tenuto sotto certe condizioni:

161. « In qual caso può accadere che dopo la morte di un uomo che si rese mallevadore, ma non pel pagamento *di un debito*, e gli affari del quale sieno ben noti, il creditore reclami il debito dall'erede? ».

162. « Se il mallevadore ha ricevuto denaro dal debitore, e possiede abbastanza per pagare il figlio di colui che ricevette questo denaro, paghi il debito a spese della facoltà *se eredita*: tale è la legge ».

(1) Traduzione italiana (Cantù, *Storia Universale*; *Documenti*, 8ª edizione, tomo III, parte I, Torino, 1857).

Digitized by Google

§ 2.
Legislazione greca.

SOMMARIO: 4. Fonti principali. — 5. **Aristotele** - I tempi antichi. — 6. Forme della fideiussione. — 7. Esclusione dell'accessorietà. — 8. Indipendenza dal contratto principale. — 9. Rinvio. — 10. Diritti del creditore. — 11. Responsabilità del fideiussore. — 12. Intervento di fideiussori nei contratti. — 13. La fideiussione nella vendita. — 14. La fideiussione nella locazione.

4. — Con caratteri peculiari, assai differenti da quelli della fideiussione odierna, si presenta la fideiussione nel diritto greco, per quanto è dato di rilevare dallo stato attuale delle fonti, in base alle quali non si può ancora costruire una teoria completa e sempre sicura (1).

Sono fonti principali l'arringa di ISEO sull'eredità di Diceogene contro Leocares per l'inadempimento dell'obbligazione di garanzia da lui assunta, e l'arringa attribuita a DEMOSTENE contro Apaturios e che è una difesa contro un'azione ἐγγύης intentata da quest'ultimo.

5. — ARISTOTELE chiama la fideiussione ἐγγύη. Il fideiussore è detto ἐγγυητής, ἔγγυος e, talora, ἀνάδοχος. Per significare « prestar fideiussione » si adoperano le espressioni: ἐγγυᾶσθαι τινί, oppure τινά; ἀναδέχεσθαι ἐγγύην o ἀναδέχεσθαι o ὑπογράφασθαι.

Il contratto di fideiussione che risale nel diritto greco a tempi antichissimi (poichè lo si trova già nell'Odissea in cui Nettuno figura anche come fideiussore verso Vulcano), dovette essere, più tardi, assai frequente, a cagione della nota *fides graeca* e della diffidenza dei contraenti. Ad Atene, dove si abusava di tale contratto, la fideiussione era molto usata nei rapporti dello Stato e degli altri enti morali coi privati, e nei rapporti dei privati fra loro (2).

(1) Vedi l'opera del BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. IV (*Le droit des obligations*), titre II, chap. II, sect. III, § 1, pag. 461 e sg. Paris, 1897. — Sul diritto greco in generale, vedi DARESTE, *La science du droit en Grèce — Platon, Aristote, Théofraste*. Paris, 1893.

(2) BEAUCHET, *op. cit.*, p. 463-467.

Digitized by Google

6. — La validità della fideiussione non era subordinata all'osservanza di formalità estrinseche, nè era necessario che fosse contratta per iscritto, bastando, a renderla perfetta, il semplice accordo delle parti. Cionondimeno la fideiussione si faceva ordinariamente per iscritto (1).

7. — Secondo taluni autori la fideiussione nel diritto greco primitivo non avrebbe avuto il carattere di contratto accessorio. E ciò perchè non poteva esservi contratto legalmente obbligatorio col solo accordo delle due volontà, ma occorreva inoltre in generale l'intervento d'un terzo quale garante. Pertanto la fideiussione, in tale epoca, non sarebbe stata considerata come una semplice garanzia del contratto ma un elemento essenziale di esso: ossia il fideiussore interveniva addirittura per creare fra le due parti il vincolo giuridico. Altrettanto sarebbe a dirsi anche quando si trattava di un trasferimento di proprietà, ad esempio di una vendita (2). In appresso, essendosi ammesso che l'obbligazione poteva nascere e la proprietà trasferirsi direttamente tra le parti, senza intermediario, i fideiussori intervennero non più per creare, ma soltanto per fortificare il vincolo giuridico.

Avverte però il Beauchet (3) che questa teoria, la quale ha la sua principale applicazione a proposito della vendita, è lontana dall'essere stabilita in maniera perentoria per talune località.

8. — Importa poi di osservare che nel diritto greco la fideiussione si presenta col carattere di un contratto molto più indipendente dal contratto principale che non in diritto romano e odierno. Ecco perchè talvolta il fideiussore è obbligato più

(1) Confr. Demostene contro Apaturios, § 35. Platone esigeva talune formalità per la formazione della fideiussione; ma si ammette generalmente che il diritto positivo ateniese non fosse così rigoroso. — Vedi Beauchet, *op. cit.*, p. 469.

(2) Dareste, in *Journal des Savants*, 1883. — Fuori della Grecia, ciò si vede anche nei trittici di Transilvania e nei papiri Marini. Invece non si riscontra l'intervento di fideiussori negli atti di vendita egiziani anteriori alla conquista romana, perocchè gli egiziani conservarono, su questo punto, le loro antiche tradizioni. Vedi, su tale argomento, Denisse, *Recherches sur l'application du droit romain dans l'Egypte, province romaine*, nella *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, vol. XVI, 1892, p. 684-686.

(3) *Op. cit.*, p. 462-463.

Digitized by Google

rigorosamente del debitore principale; ed ecco perchè è lecito dubitare se fossero applicabili alla fideiussione greca i principî romani e odierni, per i quali la fideiussione non può avere per oggetto una prestazione diversa da quella del debitore principale, nè eccederne la misura nè, in generale, essere assunta a condizioni più onerose.

9. — Della capacità del fideiussore, della sua solvibilità, della validità della fideiussione di un'obbligazione naturale, e del beneficio di escussione che sembra fosse negato al fideiussore ci occuperemo, *ex professo*, per ragioni di sistema, nelle sezioni dedicate a tali argomenti. Altrettanto diciamo per l'esame degli effetti della fideiussione tra creditore e fideiussore, tra fideiussore e debitore, tra più fideiussori, e per le cause di estinzione della fideiussione. Delle quali materie tratterà la *Parte speciale* della presente opera.

10. — Qui notiamo soltanto che per effetto della fideiussione il creditore, nel caso di inadempimento dell'obbligazione garantita nell'epoca convenuta, poteva esigerne l'esecuzione dal fideiussore per mezzo dell'azione detta δίκη ἐγγύης; e che, di regola, il fideiussore, salva convenzione contraria, era tenuto verso il creditore nella stessa maniera e misura del debitore principale, e, conseguentemente, all'adempimento di tutte le obbligazioni principali o accessorie, derivanti dal contratto garantito.

E, per maggior sicurtà, il creditore poteva chiedere che il fideiussore garantisse l'adempimento della propria obbligazione per mezzo d'un'ipoteca costituita sui beni del fideiussore stesso (1).

11. — È poi certo che la responsabilità del fideiussore era, in diritto greco, più grave di quella del fideiussore odierno. Prescindendo infatti dalla considerazione che, a quanto pare, il fideiussore non godeva del beneficio di escussione, è notevole come il creditore potesse esercitare contro il fideiussore gli stessi mezzi di coercizione che possedeva contro il debitore principale. Ed è inoltre probabile che, nei casi nei quali il debitore principale era eccezionalmente soggetto all'arresto personale, come era in Atene, per i debiti commerciali, il

(1) Beauchet, *op. cit.*, p. 473 e 477-478.

Digitized by Google

fideiussore potesse essere sottoposto esso pure a tale arresto (1). È invece dubitabile se il fideiussore potesse essere colpito dalla pena capitale qualora vi fosse incorso l' accusato contumace; e, ad ogni modo, è lecito di supporre che, nell'ipotesi affermativa, il fideiussore potesse vincolarsi a pagare soltanto una somma di denaro per il caso di mancata comparizione dell'accusato (2).

12. — Da ultimo notiamo che in più contratti il diritto greco ci presenta l'intervento di fideiussori per garantire le obbligazioni dei contraenti o di uno fra essi.

Così è per la vendita, la locazione di cose, l'enfiteusi.

Così è ancora per le locazioni d' opera relative alle imprese di lavori pubblici (3); per i mutui in cui il mutuatario ordinariamente forniva al mutuante delle garanzie reali, oppure personali, ossia dei fideiussori (4).

Altrettanto si dica per l'ἔρανος, ossia prestito di denaro, ordinariamente gratuito, fatto da più persone che si quotano a favore d'un comune amico che si trova in stato di bisogno (5). Perocchè la gratuità di tale prestito non escludeva che il rimborso potesse essere garantito da un fideiussore, il quale poteva esser costretto a pagare in mancanza di pagamento da parte del debitore principale nel termine stabilito (6).

Nel ναυτικὸν δάνεισμα o ἔκδοσις, ossia prestito marittimo, nel quale il mutuante dava al mutuatario un capitale il cui rimborso era subordinato alla condizione che gli oggetti vincolati al prestito ed esposti a rischi marittimi arrivassero felicemente al destino, il creditore poteva esercitare la sua azione non solo su tutti i beni del debitore, ma altresì, ove fosse occorso, contro i fideiussori che egli poteva esigere fossero forniti dal mutuatario (7).

(1) Beauchet, *op. cit.*, p. 474 e gli autori ivi citati in nota 5.

(2) Id., *op. cit.*, p. 476.

(3) Vedi *ultra*, n. 13 e 14.

(4) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 237-238, coi testi ivi citati.

(5) Sui varî significati del vocabolo ἔρανος nella letteratura greca, consulta Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 258-259.

(6) Beauchet, p. 264, con gli autori e i testi ivi citati nel testo e nelle note 1-4.

(7) Id., *op. cit.*, IV, p. 312.

Digitized by Google

Nell' associazione di capitali, κοινωνία χρημάτων (1) che si praticava anche frequentemente nel commercio di banca per la costituzione del capitale della banca, figuravano altresì dei fideiussori che garantivano il banchiere ed erano associati così alla sua responsabilità come ai suoi benefici (2).

13. — Un'importanza particolare presentano i principî accolti nel diritto greco relativamente alle fideiussioni nella vendita e nelle locazioni di cose e d'opere. E poichè tali norme gettano una luce notevole sulla primitiva funzione e natura giuridica della fideiussione e sulla condizione dei fideiussori, crediamo utile una succinta esposizione di quanto ci hanno tramandato i documenti pervenuti agli odierni storici.

Per l'esercizio dei diritti del compratore verso il venditore, relativi alla garanzia contro l'evizione, il compratore stesso poteva avere, nel diritto greco, una efficace sicurtà mediante l' intervento di talune persone che il venditore presentava quasi sempre e che garantivano l' adempimento delle sue obbligazioni.

Questi garanti che figuravano nei documenti greci (non però negli attici) sotto i nomi di βεβαιωτῆρες, βεβαιωταί, συμπρατῆρες; προαποδόται, προπωληταί, πρατῆρες, μνήμονες, intervengono nelle vendite in numero variabile secondo la condizione del venditore, le sue relazioni di famiglia e d'affari. Preferibilmente il venditore sceglie i garanti fra i suoi parenti e amici. Altrimenti li sceglie volentieri tra le persone che hanno avuto o hanno tuttora un diritto sulla cosa venduta (3).

I garanti sono molto spesso responsabili in solido, ma qualche volta rispondono soltanto *pro rata*, e talvolta si obbligano alcuni in solido ed altri soltanto per una parte, come appare da talune vendite menzionate nel registro delle vendite di Tenos.

Sembra quasi certo per qualche località, e in particolare per Delfo, che l' intervento di questi garanti nella vendita fosse obbligatorio (4).

(1) Aristotele, *Ethic. Nicom.*, VIII, 14, § 1.

(2) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 370.

(3) Consulta Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 138-139, coi documenti e gli autori ivi citati.

(4) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 141.

Digitized by Google

In alcuni casi figurano, nelle vendite menzionate nel registro di Tenos, non i garanti propriamente detti, ma talune persone che dànno soltanto la loro approvazione alla vendita: συνεπαινοῦντες. Sembra probabile che questi non fossero veri fideiussori, ma terzi che avevano o avrebbero potuto avere più tardi qualche diritto sulla cosa e che rinunciavano a valersene, a vantaggio del compratore (1).

È controverso se le fideiussioni nella vendita, delle quali parliamo, fossero praticate nel *diritto attico*, se non in virtù di legge, almeno secondo l'uso (2).

Riguardo ai rapporti del venditore e del garante di fronte al compratore, una teoria ritiene che il compratore ha azione soltanto verso i garanti e non contro il venditore, salvo il regresso contro quest' ultimo da parte del garante che sia stato condannato a restituire al compratore evitto il prezzo della vendita e a pagargli i danni. In altri termini, con la presenza dei garanti, il venditore è tenuto soltanto alla consegna della cosa, mentre l' obbligo della garanzia contro la evizione sta a carico esclusivamente dei fideiussori. E ciò perchè in origine la fideiussione non si limitava ad assicurare l' obbligazione delle parti principali, ma serviva addirittura a crearla ed era perciò un elemento essenziale del contratto principale (3). Soltanto più tardi si ammise che il venditore era obbligato direttamente alla garanzia per la evizione in solido col fideiussore (4).

Ma, secondo un'altra opinione, l'esistenza di tale sistema nel diritto greco è molto dubbia, o almeno non fondata su documenti decisivi. Perocchè, da un lato, il silenzio di qualche

(1) Così il citato Beauchet, *loc. cit.*, da cui abbiamo desunto queste notizie e le seguenti.

(2) L'affermativa è sostenuta, fra altri, da Caillemer, *Contrat de vente*, p. 21; Diels, *Sitzber. der Berl. Akad.*, 1889, p. 665 nota 7. La negativa è sostenuta, fra altri, dal Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 144-145, con gli autori citati in nota 1 a p. 145, il quale, dopo aver confutato le contrarie affermazioni, conclude a p. 145: « On ne saurait donc, à notre avis, du moins dans l'état actuel des sources, affirmer que l'usage des βεβαιωτῆρες ait été pratiqué dans le droit attique ».

(3) Vedi *retro*, n. 7.

(4) Vedi gli autori citati dal Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 145-147, fra i quali Dareste, in *Journal des Savants*, 1883, p. 170-171.

Digitized by Google

testo (il registro di Tenos) circa l'obbligo del venditore relativo all'evizione si può spiegare con l'osservazione che tale obbligo è nella natura del contratto di vendita, e nei documenti citati in contrario si dànno indicazioni molto sommarie. D'altro lato alcuni testi (le iscrizioni di Delfo) dimostrano chiaramente che l'obbligo relativo all'evizione incombe direttamente al venditore oltre che al fideiussore. E così doveva essere anche ad Atene, almeno nell' epoca classica. I fideiussori pertanto dovevano intervenire soltanto se il compratore non riusciva a ottenere dal venditore l' esecuzione dell'obbligo di garantirlo contro l'evizione (1).

Non soltanto l' esecuzione degli obblighi del *venditore*, ma anche l' adempimento delle obbligazioni del *compratore* poteva essere garantito da fideiussori.

E, conformemente agli obblighi dei fideiussori forniti dal venditore, l' obbligazione dei garanti forniti dal compratore ha un'estensione dipendente dai termini del contratto, e può essere solidaria o non solidaria (2).

14. — Per garantire l'adempimento delle obbligazioni del conduttore di immobili il locatore poteva, anche in diritto greco, esigere delle sicurtà reali, quali l'ipoteca, o personali, quali la fideiussione. E poichè non frequentemente il conduttore poteva fornire un' ipoteca, in molti contratti di locazione la fideiussione è richiesta come una condizione essenziale.

La fideiussione era poi richiesta per regola nelle locazioni di beni pubblici o sacri. La sanzione di quest'obbligo del conduttore di fornire una fideiussione consisteva, a Delfo e probabilmente anche ad Atene, nella rescissione del contratto (3).

I fideiussori, il cui numero variava secondo le circostanze,

(1) È questa l'opinione del Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 147-150.

(2) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 128, che cita Caillemer, *Contrat de vente*, p. 31.

(3) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 191-192 e 187. S'avverta che anche nell'enfiteusi potevano intervenire dei fideiussori per garantire i diritti dei contraenti come nelle locazioni ordinarie, e che la responsabilità di questi fideiussori era retta da norme simili a quelle che concernevano i garanti delle locazioni.

Digitized by Google

dovevano essere accetti al locatore e presentare delle garanzie di solvibilità.

Il fideiussore garantiva l'adempimento di tutte le clausole del contratto. In particolare garantiva il pagamento dei fitti nelle epoche convenute; l'esecuzione delle clausole relative al modo di godimento imposto al conduttore; il pagamento delle ammende dovute dal conduttore per la violazione di tali clausole.

I fideiussori potevano però dividere la loro responsabilità, poichè quando erano parecchi, ciascuno si obbligava di regola soltanto fino ad una somma determinata: una metà, un terzo, un quarto, ecc. (1).

Talvolta poi i fideiussori si vincolano soltanto per un breve tempo, ad esempio, per cinque anni. E talvolta il locatore esige che il fideiussore, oltre l'obbligazione personale, gli costituisca un'ipoteca sopra i suoi beni. Dove poi sussisteva l'arresto personale, come ad Eraclea, il fideiussore era responsabile non soltanto coi suoi beni, ma altresì con la sua persona.

Se i fideiussori erano costretti a pagare per il conduttore, avevano un regresso verso lui (2).

Non soltanto nella locazione di cose, ma altresì nella locazione d'opere il diritto greco ci presenta l'intervento dei fideiussori, e precisamente per quanto concerne le imprese di lavori pubblici.

Formato il contratto fra l'aggiudicatario dei lavori e le autorità o i commissari eletti a tale scopo (ναοποιοί, ἐπιστάται, ἐςδοτῆρες), l'aggiudicatario doveva, sotto pena di decadenza, presentare nel termine fissato, dei fideiussori solvibili, il cui numero variava secondo l'importanza del lavoro e la presunta solvibilità dell'impresario (3).

Il contratto veniva firmato soltanto dopo che i fideiussori erano stati presentati, poichè le firme dei garanti figurano nei documenti accanto a quelle delle parti e dei testimoni (4).

(1) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 192-193.
(2) Consulta Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 193-194.
(3) Vedi i documenti citati dal Beauchet, IV, p. 212 in nota 1.
(4) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 212 e note 2 e 3.

Digitized by Google

Non risulta dai documenti se la città, o il tempio o gli altri enti per cui dovevano eseguirsi i lavori, dovessero, a loro volta, presentare dei fideiussori all' impresario; il che però non esclude la possibilità di tale garanzia (1).

Sezione II.

Diritto romano.

Sommario: 15. *Sponsio* e *fidepromissio*. — 16. Leggi relative agli *sponsores* e ai *fidepromissores*. — 17. *Fideiussio*. — 18. Benefici speciali per il fideiussore - Rinvio.

15. — L'evoluzione storica della fideiussione presso i Romani presenta tre periodi: la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fideiussio* (2).

Quantunque le notizie lasciate da Gaio sulle differenze fondamentali che separano la *sponsio* dalla *fidepromissio*, siano incomplete, può dirsi che, se la forma delle due promesse era diversa (3), gli effetti loro e le condizioni richieste per la loro validità erano sottoposti alle stesse regole (4).

Sponsorî e fidepromissori potevano accedere soltanto ad

(1) Beauchet, *loc. cit.* e note 4 e 5.

(2) Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, §§ 483-489; Puchta, *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, II, § 263 e seg.; Waechter, *Pandekten*, II, § 222; Dernburg, *Pandekten*, II, § 76 e seg.; Baron, *Pandekten*, §§ 258-260; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III, § 578 e seg.; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II, § 255 e seg.; Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette*, II, § 349 e seg.; Wendt, *Lehrbuch der Pandekten*, § 266 e seg.; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, §§ 476-481 (achte auflage) Frankfurt, 1900-1901; Maynz, *Cours de droit romain*, II, §§ 261 e seg.; Van Wetter, *Les obligations en droit romain*, tome I, §§ 31-34; Geib, *Zur Dogmatik des Röm. Bürgschaftsrechts*, §§ 1 e seg. Tübingen, 1894. — Confronta per il diritto attuale: Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, neu bearbeitet von Lehmann, III (3ª ediz.), §§ 238 e seg., p. 361 e seg. E per il diritto comune: Marsili, *Tractatus de fideiussoribus*, Venetiis, 1570; Hering, *Tractatus de fideiussoribus*, Francoforte, 1606; Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Jena, 1850-1851; Hasenbalg, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Düsseldorf, 1870.

(3) Gaii, 116.

(4) Confr. Maynz, § 261, p. 427-428.

Digitized by Google

un contratto verbale (1); non potevano obbligarsi a più che il promittente principale, bensì a meno (2); erano tenuti soltanto personalmente, ossia la loro obbligazione non si trasmetteva agli eredi; il creditore poteva rivolgersi a loro direttamente con l'*actio ex stipulatu*, ugualmente come al debitore principale (3); potevano ottenere da quest'ultimo il rimborso del pagamento cui fossero stati costretti col mezzo dell'*actio mandati contraria* (4).

16. — In origine, quando v'erano più *sponsores* o *fidepromissores* pel medesimo debito, ciascuno d'essi era tenuto per l'intero. Ma la legge Apuleia stabilì una specie di società fra gli *sponsores* e i *fidepromissores*, di guisa che, se uno di essi avesse pagato più della sua parte, poteva ripetere l'eccedente dagli altri (5).

Un'altra legge statuì che il creditore il quale doveva ricevere degli *sponsores* o dei *fidepromissores* dichiarasse pubblicamente e in precedenza per quale oggetto e in qual modo li riceveva; in difetto di che gli *sponsores* e i *fidepromissores* avevano trenta giorni per far constatare giudizialmente che la prescritta dichiarazione non aveva avuto luogo, e, constatato questo fatto, erano liberati dalla obbligazione (6).

Più tardi la legge *Furia de sponsu* dichiarò che la loro obbligazione doveva dividersi di pien diritto, di modo che ciascuno di essi fosse tenuto solo per una parte proporzionale al loro numero; e limitò la durata dell'obbligazione medesima a due anni (7).

La legge Publilia accordò allo *sponsor* che aveva pagato e che dentro sei mesi non era stato rimborsato, l'*actio depensi* la quale autorizzava l'uso della *manus iniectio* e importava, nel caso di contestazione, la condanna del debitore nel doppio. È quest'azione una particolarità dello *sponsio*.

(1) Gai, 119.
(2) Id., 126.
(3) Id., 112-120.
(4) Id., 127.
(5) Id., 122.
(6) Id., 123.
(7) Id., 121-122. Sull'epoca della legge vedi Padelletti, *Storia del diritto romano*, capo XXVI, nota 6, p. 199-200.

Digitized by Google

17. — *Sponsio* e *fidepromissio* andarono in disuso e subentrò la *fideiussio*, che nel diritto giustinianeo è l'unica forma di prestare sicurtà per mezzo della stipulazione (1).

I vantaggi più notevoli di questa nuova forma consistevano nell'essere la *fideiussio* applicabile, oltre che alle obbligazioni verbali, a tutte le altre obbligazioni, anche naturali; e nell'essere l'obbligazione del fideiussore perpetua e trasmissibile agli eredi, mentre quella dello *sponsor* e del *fidepromissor* era personale, e limitata nella durata a due anni, in forza della citata legge Furia.

Nel caso poi di più fideiussori non era necessaria quella pubblica dichiarazione del creditore che vedemmo prescritta per le altre due forme.

Una legge Cornelia, applicabile anche alla *sponsio* e alla *fidepromissio*, aveva vietato che la medesima persona si obbligasse a favore del medesimo debitore verso lo stesso creditore oltre ventimila sesterzi in un anno; somma al di là della quale l'obbligazione era nulla (2); ma in appresso tale restrizione fu tolta (3).

18. — Mentre nel diritto romano antico non esisteva il beneficio di escussione, di guisa che il fideiussore non si distingueva, sotto tale aspetto, dal debitore solidale (4), il detto beneficio fu poi ammesso nel diritto giustinianeo con la Novella IV, cap. I, inaugurandosi così un regime di favore per i fideiussori, completato dall'altro beneficio della divisione, e dal beneficio *cedendarum actionum*, dei quali tutti si occupa la parte speciale di quest'opera, nonchè per il beneficio di escussione il capo II della presente *Parte generale*.

(1) D. *de fidej. et mandat.*, 46, 1; Cod., 8, 40; Inst., *de fidej.*, 3, 20.
(2) Gaii, 124-125.
(3) L. 49, § 1; D. *h. t.*
(4) Vedi *ultra* in questa *Parte generale*.

Digitized by Google

SEZIONE III.

Diritto intermedio.

§ 1.

Diritto barbarico e feudale.

a) Diritto barbarico.

SOMMARIO: 19. Fideiussione necessaria. — 20. Fideiussione volontaria — Rinvio. — 21. Costituzione dei fideiussori nel diritto longobardico. — 22. Speciali denominazioni della fideiussione. — 23. La fideiussione nel diritto franco — 24. Differenze tra la fideiussione germanica e la odierna. — 25. Intervento del fideiussore per rendere perfetto un vincolo non regolare.

19. — Presso i barbari la fideiussione poteva essere o *necessaria* o *volontaria*.

La fideiussione *necessaria* fu la più antica, siccome quella che dovette originarsi dalla solidarietà della famiglia (1). Questa doveva rispondere degli atti dei proprî membri, e quindi rispondeva anche delle obbligazioni di questi, da qualunque causa derivassero, ma specialmente da delitto, il che era in antico il caso più frequente; perocchè, se il reo, ossia il debitore, non pagava, l'obbligazione doveva essere soddisfatta dalla famiglia.

In appresso la stessa massima della mutua garanzia si applicò alla più vasta società costituita dal villaggio, i cui membri erano scambievolmente responsabili. E questo principio per cui la comunità doveva rispondere delle obbligazioni, sorte principalmente da delitto, si mantenne a lungo.

Della fideiussione necessaria si trovano frequenti applicazioni anche nel diritto feudale, per la massima che il vassallo doveva rispondere delle obbligazioni del proprio signore e questi, reciprocamente, doveva rispondere delle obbligazioni di quello (2).

(1) CALISSE, *Storia del diritto italiano*, vol. III, n. 204-205, p. 315-318, Firenze, 1891. Confr. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, to. III, § 22, p. 248.

(2) *Assise di Gerusalemme*, I, 196; *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 89, éd. Gruchy, p. 204. — Per lo sviluppo di questo principio vedi *ultra*, n. 29.

Digitized by Google

20. — Accanto alla fideiussione coattiva si ebbe la volontaria, caratterizzata dal fatto che i fideiussori prestavano garanzia per volontà propria e che il creditore poteva rifiutarli qualora non avessero riunite talune condizioni volute per la loro idoneità. Quali fossero queste condizioni diremo, per ragioni di sistema, più oltre.

21. — La costituzione dei fideiussori, nel diritto longobardico, era dal debitore promessa al conchiudersi del contratto. Non li dava però subito, perchè aveva un certo tempo a suo favore, che pel diritto barbarico era di tre giorni: se tardava di più era punito con multe che si facevano sempre più gravi in proporzione del maggior tempo che si lasciava passare. Quando poi li presentava, aveva diritto a riprendere la *Wadia* (1), che nell'assumere la obbligazione aveva consegnato al creditore, il quale era punito da sua parte se ne rifiutava, senza giusti motivi, la restituzione (2). Questa è la ragione per cui *Wadia* e fideiussori erano insieme collegati in modo che le leggi non parlano dell'una senza nominare anche gli altri (Rot., 360, 361, 366; Liutp., 15, 36-40, 128); e infatti nel primo concetto i fideiussori avevano il medesimo scopo della *Wadia*, di essere cioè posti presso il creditore quale pegno, come per pegno il debitore avrebbe potuto costituirvi sè stesso (3).

(1) Era un simbolo detto anche *festuca* e usato pure nelle tradizioni, che si consegnava in luogo della cosa oggetto del contratto, o in luogo del suo pagamento, e che rendeva il contratto perfetto. La cerimonia era questa: colui che si obbligava, cioè il debitore, gettava la *wadia* fra le mani di chi costituiva suo creditore, il quale la raccoglieva e la conservava per prova e garanzia del diritto acquistato. La *wadia* corrisponde all' obbligazione reale nel senso che essa fu la sostituzione della prestazione della cosa con la quale prima si perfezionava il contratto. Vedi: Val De Lièvre, *Launegild und Wadia*, 1877; Calisse, *op. cit.*, n. 194, p. 303, e n. 157, p. 247.

(2) Rotari, 359: « Si quis alii Wadiam dederit et eam recipere neglexerit per fideiussorem, et apud eum remanserit una nocte aut duabus vel tribus nichil componat; si remanserit quarta nocte componat solidos 12; si remanserit quinta nocte, componat solidos 24; si remanserit sexta nocte componat solidos 36 ». — Liutprando, 36: « Et si ille qui ipsa Wadia acceperit reddere neglexerit per fideiussores et apud eum remanserit, sic componat quomodo et ille qui Wadia suam recipere neglexerit ». Vedi anche Liutprando, 128.

(3) Vedi Calisse, *op. cit.*, n. 205, p. 316-318, dal quale abbiamo desunto questi dati.

Digitized by Google

22. — La fideiussione nel diritto barbarico si trova anche usata sotto altre espressioni quali *wadia*, *wadiare*, *guadia*, *gaggio*, che restarono a lungo in Italia insieme con taluni caratteri della fideiussione germanica (1).

23. — S'incontra la fideiussione anche nel diritto franco, dove si presenta come un contratto essenzialmente formalista, conformemente al diritto longobardo.

Sembra infatti che nel diritto franco fossero seguite le esposte forme del diritto longobardo, secondo le quali il debitore dava al creditore la *Wadia* e s'impegnava con ciò a fornirgli un fideiussore; ed allorchè questo fideiussore era presentato al creditore, questi restituiva la *Wadia* (2).

Le più numerose applicazioni della fideiussione erano quelle della fideiussione giudiziale che garantiva le obbligazioni di un litigante; ma erano pure frequenti le fideiussioni stragiudiziali. È poi probabile, benchè non provato, che nel diritto franco i fideiussori fossero quasi sempre parenti (per i costumi germanici relativi alla solidarietà famigliare) (3) oppure amici (4).

24. — Così si presenta la fideiussione germanica la quale ha taluni caratteri assai diversi da quelli della fideiussione odierna.

In primo luogo era un'obbligazione essenzialmente personale, epperò non si trasmetteva agli eredi del fideiussore (5).

In secondo luogo la fideiussione germanica non era un'obbligazione accessoria nel grado e nel senso in cui è oggidì, perocchè, producendo essa effetti più energici di quelli proprii della fideiussione odierna, il fideiussore diventava in realtà, di fronte al creditore, un debitore principale, senza che, d'altra parte, il vero debitore fosse liberato. In sostanza, con l'intervento del fideiussore, il creditore si trovava di fronte a due

(1) Confr. Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, n. 266. Torino, 1900.

(2) Vedi, per il diritto longobardico, *retro*, n. 21, e per la conformità col diritto franco, gli autori citati dal Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, to. III, § 22, p. 247, Paris, 1889.

(3) Vedi *retro*, n. 19.

(4) Glasson, *op. cit.*, III, § 22, p. 248.

(5) Id., *loc. cit.*

Digitized by Google

debitori. Conseguentemente il creditore poteva agire direttamente contro il fideiussore senza obbligo di escutere preventivamente il vero debitore, e senza che il fideiussore potesse, con un'eccezione dilatoria, evitare tale azione dimostrando che il debitore vero era solvibile (1).

Ciò non significava che per il diritto germanico il debitore vero fosse liberato verso il creditore dal momento in cui questi agiva direttamente contro il fideiussore. Al contrario il vero debitore continuava ad essere obbligato ed aveva anche verso il fideiussore dei doveri che non poteva violare senza incorrere in una ammenda a favore di quest'ultimo (2). Per ovviare a questo pericolo di danno che minacciava il vero debitore, il diritto longobardico (3) e la legge dei Burgundi (4) imponevano al creditore che voleva agire direttamente contro il fideiussore di costituire preventivamente il debitore in mora con una triplice interpellazione.

Un'altra differenza tra la fideiussione germanica e la odierna consiste nell'esclusione del beneficio della divisione nel caso di più fideiussori d'un medesimo debito, siccome si argomenta da taluni testi del medio evo che sembrano aver riprodotto un principio molto antico (5).

Altre differenze tra la fideiussione germanica e l'odierna riguardano i diritti del fideiussore verso il debitore, dopo e prima d'aver pagato, e i diritti del creditore verso il fideiussore.

25. — Talvolta il fideiussore, nel diritto barbarico, interveniva per rendere perfetto il vincolo contratto da un debitore che non s'era obbligato regolarmente verso il creditore. Ciò accadeva quando il debitore si era bensì vincolato, ma non *ex re praestita* o *ex fide facta*; allora il creditore non aveva azione verso il debitore, ma poteva

(1) Leggi di Rachis, cap. 8; Leggi di Liutprando, cap. 108. — Consulta Glasson, *op. cit.*, III, § 22, p. 248, e vedi, per il beneficio di escussione, negato nel diritto germanico, quanto diciamo *ultra* al n. 72.

(2) Legge dei Burgundi, tit. XIX, § 8; Leggi di Liutprando, cap. 39; Legge dei Franchi Camavi, cap. 16; Capitolare di Paderborn dell'875, cap. 27, in Pertz, *Leges*, I, 50.

(3) Leggi di Rachis, cap. 8.

(4) Vedi Glasson, *op. cit.*, III, § 22, p. 249.

(5) Vedi Glasson, *op. cit.*, III, § 22, p. 248.

Digitized by Google

intervenire un fideiussore per fornire la *fides facta* in luogo del debitore principale. Il fideiussore si vincolava direttamente e validamente verso il creditore senza tuttavia liberare il debitore (1); questi rimaneva obbligato nondimeno ad eseguire la sua obbligazione; altrimenti se il fideiussore era obbligato a pagare, il debitore era tenuto a indennizzarlo del danno sofferto e la legge dei Camavi l'obbligava anche a pagare il doppio (2).

b) Diritto feudale.

SOMMARIO: 26. Caratteri della fideiussione nel diritto francese dell'epoca feudale. — 27. La *plégerie*. — 28. Fonti dell'obbligo di fornire la *plégerie*. — 29. La *plégerie* nei rapporti tra il signore ed il vassallo. — 30. Le fideiussioni giudiziali. — 31. Le fideiussioni convenzionali - La *plévine simple* e la *plévine de dette*. — 32. Forme della *plégerie* nell'epoca feudale - Rinvio. — 33. Trasmissibilità agli eredi dell' obbligazione del *plége* semplice.

26. — Nel diritto francese dell'epoca feudale i contratti di garanzia rimangono, nella maggior parte, germanici per quanto concerne gli effetti e subiscono con molta difficoltà l'influenza del diritto romano. E ciò perchè erano allora connessi all'organizzazione della famiglia o al regime della proprietà, essendo che i garanti appartenevano molto spesso alla famiglia del debitore ed erano solidali nel debito quasi in conseguenza del vincolo di famiglia (3).

27. — *Plégerie* si diceva nel diritto francese dell'epoca feudale quel contratto che oggi si chiama fideiussione (cautionnement) e *plége* la persona oggi chiamata fideiussore (4).

(1) Editto di CHILPERICO, cap. 7 (BORETIUS, p. 9); Legge dei Camavi, cap. 16.

(2) Legge dei Camavi, cap. 16. Consulta GLASSON, *op. cit.*, III, § 22, p. 250, il quale scrive che il fideiussore nel caso suesposto rassomiglia fino ad un certo segno a colui che oggi si chiama in Francia « un porte-fort ».

(3) GLASSON, *op. cit.*, VII, § 14, p. 647 e seg., da cui desumiamo queste notizie e quelle che seguono.

(4) Sulla *plégerie* vedi: *Assise di Gerusalemme*, t. I, p. 194-203, 316, 551, 590; *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, 89, 90, éd. de Gruchy, p. 202; *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 52, éd. Tardif, p. 43; BEAUMANOIR (in GLASSON, *op. cit.*), t. II, chap. 43, p. 170; *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 7, e altri testi citati dal GLASSON, *op. cit.*, § 14, p. 647 in nota 3.

Digitized by Google

Nel medio evo il contratto di *plègerie* era molto usato sia dai nobili come dai borghesi ed era cagione di molestie gravi per i garanti che spesso erano vittime delle frodi o degli abusi dei debitori.

28. — L'obbligo di fornire la *plègerie* poteva nascere da una prescrizione legale, feudale, giudiziaria o da una convenzione.

Così, talvolta, l'obbligo di presentare dei fideiussori è imposto dalla consuetudine, come nel caso del tutore che, di regola, ma non sempre, deve fornire una fideiussione per la sua buona gestione (1).

29. — Frequenti erano le prescrizioni del diritto feudale relative all'obbligo di prestar garanzia, essendo che il signore e il vassallo, i quali si dovevano una reciproca assistenza, erano obbligati a costituirsi *plèges* l'uno dell'altro in ogni circostanza (fideiussione necessaria), sotto pena di subire le sanzioni del diritto feudale (2).

Così, secondo l'antica consuetudine di Normandia, tutti coloro che « tiennent par hommage d'un seigneur » devono garantirlo per il suo debito, ma soltanto fino a concorrenza delle somme che gli devono a titolo di rendite o di servigi annuali. Ed anche « les sujets ou simples tenants du seigneur » devono garantirlo nell'assise del visconte. Però il signore deve impedire che essi soffrano alcun danno, e se lascia condannare un « tenant en son lieu et place » questi non è più obbligato di garantirlo finchè non è stato indennizzato della sua prima fideiussione (3).

30. — Frequenti altresì le fideiussioni giudiziali, perocchè nel corso dei procedimenti i *plèges* dovevano essere presentati in ogni occasione; ed anzi, in talune regioni, la *plègerie* era così frequente che si usava la parola *plège* di preferenza per designare i fideiussori giudiziali.

Il garante giudiziale o prometteva « *d'être à droit* », o di « *venir en cour* ». Nel primo caso garantiva tutto il proce-

(1) *Livre des droix et des commandemens*, n. 1008.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 89, ed. cit., p. 204. — Vedi *retro*, n. 19.

(3) Vedi la citazione precedente e Glasson, *op. cit.*, p. 648-649.

Digitized by Google

dimento e si vincolava anche a pagare ciò che sarebbe giudicato contro la sua parte; nel secondo caso prometteva soltanto che la parte si presenterebbe in giudizio. Il garante era liberato dalla fideiussione se la parte compariva o si trovava nella impossibilità di comparire (1).

31. — Da ultimo erano pure frequenti le fideiussioni convenzionali, assunte per garantire un debito altrui.

In due maniere il fideiussore poteva vincolarsi a garantire il debito, secondo attestano consuetudini antiche: mediante la « *plévine simple* » e la « *plévine de dette* ». Soltanto la prima di queste maniere corrisponde al concetto romano e odierno della vera fideiussione. Perocchè nella *plévine* semplice, il garante s'impegna a soddisfare l'obbligazione del debitore senza liberare quest'ultimo. Questo vincolo è essenzialmente personale, per modo che alla morte del garante non viene trasferito ai suoi eredi. Invece nella *plévine de dette*, il garante non si limita a garantire l'altrui debito, ma lo fa suo e diventa *debitore principale* di modo che il primitivo debitore viene liberato (principio che per diritto romano e odierno esclude le *fidejussio*). In questa maniera di garantire, il debito, alla morte del garante, passa ai suoi eredi (2).

32. — Per lungo tempo la *plégerie* fu, nell'epoca feudale, un contratto formale che si costituiva in modi solenni quali il giuramento, le parole solenni, giudiziali o stragiudiziali (3). In seguito questo formalismo cessò, e la fideiussione potè formarsi anche verbalmente (4).

Dei diritti del creditore verso il fideiussore; dell'esclusione del beneficio di escussione; del beneficio della divisione; degli effetti della fideiussione tra creditore e fideiussore; del regresso del fideiussore contro il debitore; del diritto del fideiussore di agire contro il debitore anche prima di avere

(1) Beaumanoir, t. II, chap. 43, nn. 35 e 36.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, p. 146, e chap. 89, p. 202. Talune consuetudini menzionano una terza *plégerie*, detta *plégerie d'aventure*, che si esplica nel caso di successione e obbliga l'erede o l'esecutore testamentario ad estinguere i debiti del defunto. — Consulta Glasson, *op. cit.*, VII, p. 651, nota 3.

(3) Vedi i testi citati dal Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, alle voci: *plegius*, *plegire*, *plevire*, *plevissare*.

(4) *Grand Coutumier de Normandie*, ed. cit., chap. 89, p. 202.

Digitized by Google

pagato; della capacità delle donne e dei servi a prestare fideiussione, diremo partitamente nei capi relativi a tali argomenti.

33. — Secondo le antiche usanze l'obbligazione del *plège* semplice non si trasmetteva agli eredi (1). Tuttavia si nota anche in questo punto una leggera influenza del diritto romano, in quanto Beaumanoir (2) ammette due eccezioni al principio consuetudinario: 1° la fideiussione si trasmette agli eredi se, al momento della sua morte, il fideiussore era già stato citato in giudizio; 2° se il fideiussore s'era vincolato verso il conte.

Nel periodo posteriore l'obbligazione si trasmise sempre agli eredi, salva un'eccezione in materia criminale (3).

§ 2.

Legislazioni statutarie italiane.

Sommario: 34. Caratteri degli Statuti. — 35. Caratteri delle consuetudini. — 36. La garanzia contro l'evizione nelle consuetudini. — 37. Il beneficio d'escussione - Rinvio. — 38. L'azione di liberazione - Rinvio. — 39. Contenuto degli Statuti - Rinvio. — 40. Quadro degli Statuti consultati.

34. — Negli Statuti delle città italiane, considerati sia come espressione del diritto in forma imperativa per opera dell'autorità suprema, sia come espressione delle consuetudini, la fideiussione non fu regolata, in tutte le sue parti, con criterio sistematico. Per modo che, in molte compilazioni, le regole relative al nostro istituto si trovano sparse alla rinfusa in libri diversi, in rubriche diverse di una medesima compilazione, e spesso senza coordinazione.

Tra gli Statuti dei vari Comuni, insieme ad alcune identità o somiglianze, esistono poi notevoli differenze per quanto concerne i singoli istituti fideiussorii; differenze che verranno poste in luce nel corso di quest'opera. Altre differenze relative a taluni principî, si riscontrano talvolta, per un medesimo Comune, tra le prime compilazioni degli Statuti e le compilazioni successive.

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, ed. cit., chap. 60, p. 144; *Coutume de Montpellier de 1204*, art. 13; Beaumanoir, t. II, chap. 43, n. 4, p. 172.

(2) Beaumanoir, t. II, chap. 43, nn. 4 e 9, pp. 172 e 173.

(3) Consulta Glasson, *op. cit.*, VII, p. 654.

Digitized by Google

Ma, considerate nel complesso, le disposizioni statutarie in materia fideiussoria costituiscono per i fideiussori un regime ben più favorevole di quello instaurato dal diritto barbarico e denotano l'influenza del diritto romano, considerato come diritto comune, e la lotta che esso sostenne coll' elemento germanico.

35. — Questo dualismo si scopre anche nel terreno delle consuetudini, ad esempio per quanto concerne le statuizioni delle consuetudini lombarde circa l'obbligo delle garanzie personali imposto alle parti litiganti per assicurare l'esecuzione delle sentenze. Perocchè, mentre le consuetudini più antiche seguono il principio che richiede dei pegni invece dei fideiussori voluti dal Codice di Giustiniano, le consuetudini più recenti dimostrano l'uso della cauzione mediante fideiussori (1).

36. — Altro documento della notata influenza romano-germanica si ha nelle consuetudini relative alla garanzia contro l'evizione.

Nelle città lombarde la garanzia contro l'evizione dovuta dal venditore, era, per comune usanza, assicurata da fideiussori. In questo punto si nota la duplice influenza della formula romana e della tradizione germanica: dapprima, e cioè fino agli ultimi decennî del secolo XII, si apponeva un patto addizionale al termine del contratto, in cui, rinnovata la promessa di garanzia già fatta nel testo, il venditore dava la guadia per tale obbligo e presentava i fideiussori, mentre nel testo aveva usato la formula romana « spondeo ac promitto » o altre simili. Più tardi questa ripetizione sparisce e la fideiussione fa parte integrante del contratto, e si usa la formula « promisit et guadiam dedit » (2).

Per le consuetudini di Milano e Lodi il compratore ha il diritto di esigere dei fideiussori per gli immobili, anche se non vi fu un patto speciale; per i mobili soltanto se vi fu tale patto, e per le consuetudini di Lodi anche se v'è qualche

(1) LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899, § 17, p. 95.

(2) Così il LATTES, *op. cit.*, § 28, p. 211, il quale osserva: « Evidentemente i contraenti, non paghi della formula romana e della sua tradizionale ripetizione da parte del notaio, vollero confermare l'obbligo della guarentia,

Digitized by Google

ragione di sospetto contro il venditore. Nel caso in cui non siano prestati fideiussori idonei, il compratore può pretendere il risarcimento ed anche la rescissione del contratto « a Milano se gli furono formalmente promessi, a Lodi solo nel caso contrario » (1).

Per il *Liber consuetudinum Mediolani anni MCCXVI*, i fideiussori per la garanzia contro l'evizione, salvo patto speciale, rispondevano senza limite di tempo per le ragioni dotali; per ogni altra causa d'evizione erano vincolati soltanto per cinque anni dalla vendita. Questo termine è probabilmente d'origine longobardica, e si trova in altri Statuti e documenti.

L'obbligo di fornire dei fideiussori per la vendita degli immobili trovasi confermato dagli Statuti di Milano del secolo XIV (2).

Altro esempio di fideiussione della garanzia per l'evizione si trova nelle carte redatte ad Aosta che menzionano frequentemente i « *fideiussores de carta guarendi* » (forse da *guarere* = mallevare), che prestavano garanzia per l'alienante, per l'evizione (3).

37. — Anche nella concessione e nella esclusione del beneficio di escussione si scopre negli Statuti e nelle consuetudini il notato dualismo, in quanto, agli Statuti e alle consuetudini che accolsero la regola longobardica che escludeva il detto beneficio, si contrappongono altri Statuti e altre consuetudini che seguirono la norma romana dell'escussione preventiva. Il che risulta in modo particolareggiato da quanto esponiamo più oltre, in questa stessa *Parte Generale*.

il più importante nelle alienazioni, con una promessa speciale, colla germanica *wadia*, e vi aggiunsero i mallevadori, secondo il consueto, per la stretta connessione tra *wadia* e fideiussione; più tardi al simbolo, materialmente dato e ricevuto, fu sostituita la menzione del medesimo colla formula « promisit et guadiam dedit »; ma i fideiussori furono conservati per maggior sicurezza dell'acquirente ».

(1) LATTES, *op. cit.*, § 28, p. 211.

(2) ID., *op. cit.*, § 28, p. 212.

(3) ID., *op. cit.*, § 28, p. 213-215. — Per le consuetudini e per gli Statuti che provvedono al caso del venditore il quale non potè prestare fideiussori, consulta LATTES, *op. cit.*, p. 215-217, che parla delle vendite degli immobili *ad cridas* ammesse a favore di chi avesse bisogno di vendere e non potesse trovare fideiussori.

Digitized by Google

38. — Proseguendo nell'esposizione dei caratteri relativi al contenuto degli Statuti, dobbiamo notare, per molti di essi, il regime di favore per i fideiussori, in quanto concerne il rigore dei mezzi diretti contro i beni e la persona del debitore per l'esercizio dell'azione del fideiussore tendente a sollevarlo dall'obbligazione fideiussoria. In questa materia diverse compilazioni statutarie presentano una notevole somiglianza nell'intento di rendere efficace l'azione del fideiussore, quantunque differiscano nei particolari (1).

39. — Oltre alle norme relative alle materie su esposte, parecchi fra gli Statuti, da noi consultati, dettano disposizioni espresse circa le incapacità, assolute o relative, di prestare fideiussione, circa l'azione di regresso spettante al fideiussore che ha pagato contro il debitore; e qualche compilazione statutaria contempla anche la prova della fideiussione, e la pluralità di fideiussori obbligati in solido (2).

40. — Tutto quanto precede, risulta dall' esame degli Statuti, fra i quali quelli di: Roma (3), Firenze (4), Pisa (5), Arezzo (6), Bologna (7), Ferrara (8), Parma (9), Modena (10),

(1) Vedi la *Parte Speciale* della presente opera.

(2) L'esposizione di tutte queste norme speciali si trova nelle singole trattazioni di tali argomenti, nel corso di quest'opera.

(3) *Statuti della città di Roma del secolo XIV*, pubblicati da C. Re (Roma, 1883), lib. I, rub. LXIX, *de fideiussoribus*, e lib. III, rub. CX. Sulla precisa data di questi Statuti vedi il proemio del citato Re, cap. 3°, p. XXXIII-LX.

(4) *Statuta populi et communis Florentiae*, raccolti nel 1415, to. I, lib. II, rub. 33, e lib. III, rub. XV.

(5) *Statuta civitatis Pisarum a saeculo XII ad XIV*, cura F. Bonaini, vol. I. Firenze, 1852. — *Breve populi et compagniarum Pisani Communis*, dell'anno 1286, rub. LXXXVI.

(6) *Liber Statutorum Arretii*, lib. II, rub. 33, Florentiae, 1580.

(7) *Statuti di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1267*, pubblicati da L. Frati nella serie 1ª dei *Monumenti storici pertinenti alle provincie della Romagna*. — Statuti del 1250, lib. III, rub. XIV e XV (to. I, p. 356-358 della citata raccolta).

(8) *Statuta Urbis Ferrariae*, riformati sotto Alfonso duca di Ferrara nel 1566 (Ferrara, 1567), lib. II, § 136.

(9) *Statuta communitatis Parmae*, emendati nel 1494, lib. II, rubr. *Quod nullus possit fideiubere pro aliquo forasterio.*

(10) *Statuti di Modena*, approvati nel 1546, lib. II, rub. 115.

Digitized by Google

Reggio (1), Forlì (2), Piacenza (3), Milano (4), Brescia (5), Bergamo (6), Cremona (7), Lodi (8), Valtellina (9), Torino (10), Vercelli (11).

§ 3.

Diritto inglese anteriore al diritto attuale.

SOMMARIO: 41. Uso della fideiussione nell'epoca anglo-sassone. — 42. La fideiussione nell'epoca della conquista normanna.

41. — Non molto copiosi nè molto importanti sono i materiali che ci fornisce il diritto inglese nelle epoche precedenti il diritto attuale.

Nell'epoca anglo-sassone fu frequentemente usata la fideiussione, con la quale si garantiva per altri o con la propria persona o coi proprii beni. La fideiussione era richiesta soprattutto per coloro che sfuggivano alla prigione a condizione

(1) *Statuti di Reggio*, confermati nel 1500, lib. II, cap. 30-31 e 33.

(2) *Statuti di Forlì*, riformati, del 1615, lib. V, rub. 18.

(3) *Statuta antiqua communis Placentiae*, confermati nel 1391, lib. III, rub. 23 (nei *Monumenta historica ad provincias parmensem et placentinam pertinentia*, per cura di G. BONORA, to. I, Parma, 1860). Vedi inoltre *Statuta Collegii iurisconsultorum* di Piacenza, del 1435, rub. 8 (Collezione cit., to. I).

(4) *Statuti di Milano* del 1396, citati dal LATTES, *op. cit.*, § 27; *Liber consuetudinum Mediolani*, anni MCCXVI, curante FR. BERLAN, citato pure dal LATTES, *loc. cit.* — Sia dai citati Statuti come dal *Liber consuet.* non si possono ricavare notizie molto sicure circa il beneficio di escussione. — Vedi *ultra* in questa stessa *Parte Generale*.

(5) *Statuti bresciani* del secolo XIII (anno 1277), VI, 54 (nei *Monumenta historiae patriae*, vol. XVI); Statuti del 1313, III, 133 (ivi); Statuti riformati del 1385 civ., 138, citati dal LATTES, *op. cit.*, § 27, p. 200; Statuti riformati del 1429, f. 146, e del 1470 civ. 132, citati dal LATTES, *op. loc. cit.*

(6) *Statuti di Bergamo* del secolo XIII; Statuti emendati del 1331 e 1333; Statuti riformati del 1422, 1430, 1453, citati dal LATTES, *op. cit.*, § 27, p. 199-200.

(7) *Statuti di Cremona* del 1390, rub. 353.

(8) *Statuti vecchi di Lodi* pubblicati da VIGNATI (Milano, 1884), che attribuisce loro la data 1230-1240, rub. 67.

(9) *Statuti di Valtellina*, riformati nel 1548-1549, I, 157, 162.

(10) *Statuti di Torino*, L. mun. 668 (in PERTILE, *op. cit.*, IV, § 153, nota 70).

(11) *Statuti del Comune di Vercelli* del 1241, pubblicati da G. ADRIANI (Torino, 1877), rub. 335.

Digitized by Google

di promettere una migliore condotta per l'avvenire. Tale loro vincolo sotto giuramento doveva essere garantito da terzi (1).

42. — Nel diritto inglese dell'epoca della conquista normanna si diceva che una obbligazione era contratta *sub plegiorum datione* quando il debitore forniva dei fideiussori (mentre si diceva *sub vadii positione* se forniva un pegno). Le fideiussioni più frequenti erano però quelle che garantivano la comparizione d'una persona in giudizio (*plegiatio de stando ad rectum*) (2).

Il creditore aveva azione contro i fideiussori se il debitore non soddisfaceva la propria obbligazione. In questo caso se i fideiussori riconoscevano il debito ed erano solvibili, il giudice fissava loro un termine per soddisfare il creditore (3).

§ 4.
Diritto francese anteriore alla codificazione.

SOMMARIO: 43. Caratteri di quest'epoca.

43. — Nel diritto francese anteriore al Codice l'influenza della legislazione romana in materia fideiussoria fu sentita, ma non fu tale da impedire l'adozione di qualche norma diversa, perocchè le leggi romane essendo allora osservate soltanto in quanto erano ritenute conformi « all'equità naturale » (4), venivano sostituite con altre norme quando ciò pareva conveniente.

Così si conservò il divieto alla donna di prestare fideiussione; divieto posto dal S. C. Vellejano. Ma si ritenne, contrariamente alla legislazione romana, che la fideiussione eccedente l'obbligazione principale, è riducibile alla misura di quest'ultima obbligazione e non già integralmente nulla.

Lo stesso beneficio di escussione, che è caratteristico nella legislazione romana, pare che, da principio, non fosse ammesso.

(1) GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, tome I, § 17, p. 168, Paris, 1882.

(2) GLASSON, *op. cit.*, tome II, § 59, p. 312, Paris, 1882.

(3) ID., *loc. cit.*

(4) POTHIER, *Trattato delle obbligaz.*, II, n. 375.

Digitized by Google

Ed anche quando, più tardi, fu introdotto nel diritto francese e belga, restò tuttavia escluso da qualche consuetudine.

La trasmissibilità dell'obbligazione fideiussoria agli eredi del fideiussore, ammessa per il *fideiussor* dalle leggi romane, fu pure riconosciuta nell'ultimo stato del diritto francese antico; ma, prima d'allora, era stata negata, nell'antico diritto consuetudinario, da talune consuetudini, tranne se il fideiussore fosse stato, sua vita durante, citato in giudizio (1).

E gli insegnamenti di Pothier, la influenza dei quali nella compilazione napoleonica fu, come è noto, preponderante, furono in buona parte accolti dal Codice francese, nella materia fideiussoria, e contribuirono grandemente perciò a far penetrare nelle legislazioni moderne le norme romane emendate.

Sezione IV.

Legislazioni moderne.

Sommario: 44. Carattere generale delle legislazioni moderne. — 45. Legislazioni civili di tipo francese. — 46. Legislazioni civili di tipo germanico. — 47. Diritto inglese attuale. — 48. Legislazioni di tipo proprio. — 49. Legislazioni commerciali.

44. — Le legislazioni moderne infatti, pur avendo attinto alla elaborazione dottrinale anteriore alla codificazione, dettarono norme che, in buona parte, sono fondate sulle leggi romane. Ciò si dica particolarmente per quanto concerne i rapporti fra il creditore e il fideiussore e fra il creditore e più fideiussori e fra questi e il debitore, e, in generale, per quanto riguarda gli effetti della fideiussone.

45. — Tale influenza è sensibile nelle legislazioni civili di tipo francese: quali i Codici: francese del 1804 (articoli 2011-2043); italiano del 1865 (art. 1898-1931), con gli abrogati Codici delle Due Sicilie del 1819 (art. 1883-1915); parmense del 1820 (art. 2041-2072); sardo del 1837 (art. 2044-2082), ed

(1) V. *ultra* in questa stessa *Parte Generale*.

Digitized by Google

estense del 1851 (art. 2025-2062), dei quali giova tener conto in quanto costituiscono un materiale legislativo necessario alla conoscenza della genesi dei singoli istituti fideiussorii.

Lo stesso si dica per alcune legislazioni cantonali svizzere modellate sul Codice francese, quale il Codice del Cantone di Vaud (1) del 1821 (art. 1493-1524), di cui, per la stessa ragione, va tenuto conto, nonostante sia oggi in vigore il Codice federale svizzero delle obbligazioni.

S'aggiungano i Codici vigenti: neerlandese del 1838 (articoli 1857-1887); portoghese (2) del 1867 (art. 818-854); spagnuolo (3) del 1889 (art. 1822-1856); e fra le legislazioni americane, i Codici: della Luigiana (4) del 1824 (art. 3004-3037); di Haïti (5) del 1825 (art. 1775-1809); del Perù (6) del 1853; del Chilì (7) del 1855; dell' Uruguay (8) del 1868 (art. 2063-2107); del Messico (9) del 1870 (art. 1813-1898); del Venezuela (10) del 1873; del Guatemala (11) del 1877; della Columbia (12) del 1887 (art. 2361 e seg.).

46. — L' influenza del diritto romano si trova altresì nelle legislazioni di tipo germanico.

Anteriormente al vigente Codice civile germanico, la fideiussione era retta, in Germania, da principî analoghi, in parte, a quelli formulati dal Codice francese (13): Codice

(1) Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Français*, Bruxelles, 1842.

(2) *Code civil Portugais* promulgué le 1er juillet 1867, mis en vigueur le 1er janvier 1868, traduit par F. Lepelletier, Paris, 1894.

(3) *Code civil Espagnol*, promulgué le 24 juillet 1889, traduit par A. Levé, Paris, 1890.

(4-5) Saint-Joseph, *op. cit.*

(6) Cod. civ. del 1853. Vedi Raoul de La Grasserie, *Code civil Péruvien résumé*, Paris, 1896.

(7) *Codigo civil de la Republica de Chile*, del 1855, Madrid, 1881.

(8) *Codigo civil de la Republica oriental del Uruguay*, Madrid, 1879.

(9) *Codigo civil de Mejico*, Madrid, 1879.

(10) Cod. civ. del 1873. Vedi Raoul de la Grasserie, *Code civil du Venézuéla*, Paris, 1897.

(11) *Codigo civil de la Republica de Guatemala*, del 1887, Madrid, 1880.

(12) *Codigo civil Colombiano*, adoptado por la ley 57 del 1887, edicion official, Bogotà, 1895.

(13) Lehr, *Elements de droit civil germanique*, n. 224, p. 270, Paris, 1875.

Digitized by Google

bavarese (1) del 1756 (Lib. IV, cap. X); sassone (2) (§§ 1489 e seg.); Diritto territoriale universale per gli Stati prussiani (3) del 1794, parte I, tit. XIV, § 178-394 o *Landrecht* prussiano.

Il vigente Codice civile dell' impero germanico (4), promulgato il 18 agosto 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1900 (§ 765-778), ha un' impronta originale, come in altre parti, così anche in materia fideiussoria, pur avendo accolto, parzialmente, le norme romane.

Costituiscono altresì nella nostra materia, come nel loro complesso, un tipo distinto dal francese il Codice austriaco del 1811 (§§ 1346-1367) e alcune legislazioni cantonali svizzere modellate sull'austriaca, le quali vanno prese in considerazione per la ragione suaccennata, quali: il Codice del Cantone di Berna (5) (anni 1824-1836) e quello di Soleure (anni 1841-1848); nonchè altre di tipo germanico anch'esse, quali i Codici di Zurigo del 1887; dei Grigioni del 1862; e, da ultimo, il Codice federale svizzero delle obbligazioni (6) del 14 giugno 1881, entrato in vigore il 1° gennaio 1883 (art. 489-511).

47. — Tra le legislazioni non codificate, ha qualche valore per la nostra trattazione il diritto inglese attuale, che

(1) Saint-Joseph, *op. cit.*

(2) Lehr, *op. cit.*

(3) Saint-Joseph, *op. cit.*

(4) *Codice civile dell'Impero germanico* promulgato il 18 agosto 1896, Vedi *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches*, II, p. 461 e seg. — Consulta, per la dottrina di questo Codice, in materia di fideiussione: Gerhard von Buchka, *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Gemeinen Rechts* (Berlin, 1897), § 21, p. 141 e seg.; Haidlen, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I band, § 845 e seg. (Stuttgart, 1896-1897); Müller und Meikel, *Das Bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung* (München, 1899), I band, § 146 e seg., p. 393 e seg.; Gertmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche — Das Recht der Schuldverhältnisse* (Berlin, 1899), § 765 e seg., p. 490 e seg.; Enneccerus und Lehmann, *Das Bürgerliche Recht* (*Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*), erster band von Enneccerus (Marburg, 1900), § 322 e seg., p. 688 e seg.

(5) Lehr, *op. cit.*

(6) *Codice federale delle obbligazioni*, ediziono italiana della *Rassegna di diritto commerciale*, Torino, 1883.

Digitized by Google

quantunque, anche nella teoria delle obbligazioni, non abbia subìto l'influenza del diritto romano come la subì il diritto francese, tuttavia presenta delle somiglianze con questo ultimo (1).

48. — Tra le legislazioni di tipo proprio: il diritto positivo della Repubblica di S. Marino (2); il Codice generale dei beni per il Principato del Montenegro del 1888 (4); la legislazione russa (3), contenente qualche disposizione interessante per il nostro istituto; il Codice svedese (5) del 1734, contenente, nel *Titolo del commercio*, al cap. X, *Del pegno e della fideiussione*, §§ 8-13, poche disposizioni relative alla fideiussione; il Codice civile della Repubblica Argentina (6); il Codice civile dell'Impero del Giappone (7), promulgato il 28 aprile 1896 (Lib. III, art. 446-465), che ha una spiccata impronta di originalità, anche per quanto concerne la materia fideiussoria, quantunque siano palesi talune influenze romane e francesi; e il diritto civile musulmano (8) che ha per basi il Corano, il diritto naturale e le leggi romane ed ha anche esso un' impronta propria quantunque le ultime due fonti siano comuni al diritto francese col quale ha perciò comuni parecchie disposizioni.

(1) Lehr, *Elements de droit civil anglais*, Paris, 1885; Glasson, *op. cit.*, t. VI, § 296, p. 371, Paris, 1883.

(2) Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di S. Marino (1ª ediz. ufficiale, coordinata e riveduta da T. Giannini e M. Bonelli, Città di Castello, 1900). Vedi Ramponi, *La legislazione attuale della Repubblica di S. Marino*, Torino, 1901.

(3) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. II, n. 1365-1381, p. 447-456, Paris, 1890.

(4) *Code général des biens pour la Principauté de Monténégro de 1888*, traduit par Dareste et Rivière, Paris, 1892.

(5) Saint-Joseph, *op. cit.*

(6) *Codigo civil de la República Argentina*, sancionado el 29 de setiembre 1869 y corregido por ley de setiembre 1882, Buenos Ayres, 1897.

(7) *Code civil de l'empire du Japon*, traduz. francese di Motono e Tomii, Paris, 1898.

(8) *Code civil Musulman suivant le cadre du Code civil français*, par Meysonnasse (Paris, 1898) « Les lois romaines et le droit naturel étant des sources communes au droit français et au droit musulman, tous les articles du Code civil français qui n'auront rien de contraire aux principes du droit musulman seront littéralement reproduits » (Introduz., p. 4).

Digitized by Google

49. — Fra le legislazioni commerciali si ha una regolamentazione dettagliata della fideiussione commerciale nei Codici spagnuolo (1) (art. 439-442) e argentino (2) (art. 478-483); meno dettagliata nel Codice chileno (3); puramente incidentale nei Codici: ungherese (4) (art. 270); italiano (art. 40 e 788-792); rumeno (5) (art. 42) e germanico (6) (art. 349 e 350), a differenza di altri Codici di commercio, quali il Codice commerciale russo (7) e il messicano (8) che non dedicano affatto alla fideiussione regole generali.

Sezione V.

Il valore economico-sociale della fideiussione.

Sommario: 50. Idee antiche sui pericoli della fideiussione. — 51. Utilità della fideiussione. — 52. Continuazione.

50. — Completiamo questi cenni storici, notando che il valore sociale ed economico della fideiussione non fu universalmente riconosciuto in tutti i tempi.

Sotto l'influenza della teologia, allorchè questa molto poteva sulle menti degli scrittori, vi fu chi condannò la fideiussione come contraria all'interesse delle famiglie, alla ragione, alla coscienza, a Dio stesso.

(1) *Code de commerce Espagnol*, promulgué le 22 août 1885, mis en vigueur le 1er janvier 1886, traduit et annoté par H. Prudhomme, Paris, 1891.

(2) *Code de commerce Argentin*, promulgué le 9 octobre 1889, mis en vigueur le 1er mai 1890, traduit par H. Prudhomme, Paris, 1893.

(3) *Code de commerce Chilien*, promulgué le 23 novembre 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1867, traduit et annoté par H. Prudhomme, Paris, 1892.

(4) *Code de commerce Hongrois*, promulgué le 19 mai 1876, traduit par Raoul de la Grasserie, Paris, 1894.

(5) *Code de commerce Roumain*, mis en vigueur le 1er septembre 1887, traduit par Joan Bohl, Paris, 1895.

(6) *Code de commerce Allemand*, promulgué le 10 mai 1897, traduit et annoté par Paul Viatte, Paris, 1901.

(7) *Code de commerce Russe*, traduit sur l'édition officielle de 1893 par J. Tchernow, Paris, 1898.

(8) *Code de commerce Mexicain*, promulgué le 15 septembre 1889, mis en vigueur le 1er janvier 1890, traduit par H. Prudhomme, Paris, 1894.

Digitized by Google

PELLICANO (1), che così si esprime, si fonda sui citati *Proverbi* di Salomone (2). E soggiunge che il fideiussore « confidit in carnem et sanguinem », ossia nella instabilità umana, e promette ciò che non dipende dalla sua volontà « cum tamen Deus praecipiat ne simus solliciti de crastino, sed toti ex Deo pendeamus » (3).

Del resto l'antichità aveva altre massime contrarie alla fideiussione.

« Sponde; noxa praesto est » diceva un antico assioma attribuito dai più a TALETE da MILETO e da CEDRENO attribuito a CHILONE (4).

E, sempre secondo gli antichi, gli Anfizioni avrebbero fatto apporre davanti al tempio di Delfo questa iscrizione così riferita dal TRÒPLONG (5): « Datti per garante e non sarai lontano dalla tua rovina ».

Monito poi riprodotto dall'antico diritto francese: « Plegio paga; pegno rende » (6).

Ma tutto ciò che si può ricavare da siffatti ammonimenti si è che un tempo si usava, forse con leggerezza, del diritto di garantire le altrui obbligazioni. Oggidì le cose sono talmente cambiate che dobbiamo preoccuparci della difficoltà di trovare mallevadori anzichè dell'abuso della fideiussione.

51. — Certamente questo contratto può essere privatamente e socialmente dannoso quando si presti garanzia con leggerezza e a vantaggio di persone non meritevoli di essere sostenute. Ma è individualmente e socialmente benefico se sia usato con prudenza e moderazione. Gli ammonimenti di Salomone valgono in quanto tendono a distogliere l'uomo dall'obbligarsi con imprudenza, ma non possono essere interpretati neppure come una condanna religiosa della fideiussione. Non è questo certamente lo spirito dei citati *Proverbi*. DUMOULIN (7) ha saggiamente osservato esservi nelle sacre

(1) In HERING, *op. cit.*, cap. I, n. 2 e seg., con gli altri autori ivi citati.
(2) Vedi *retro*.
(3) HERING, *op. cit.*, n. 5 & 6.
(4) ID., n. 22-24.
(5) TROPLONG, *Della fideiussione*, n. 26.
(6) ID., *loc. cit.*
(7) *De usuris*, q. 32, n. 253.

Digitized by Google

scritture molti consigli di prudenza ed economia privata, i quali non devono essere trasformati in regole di coscienza.

Senza dubbio la fideiussione contiene sempre il pericolo di dover pagare un debito non proprio senza possibilità di rimborso, ma dipende in gran parte dall'avvedutezza umana l'evitare che tale possibilità diventi una realtà. L'uomo prudente si asterrà dalle fideiussioni pericolose. E se, per circostanze speciali, egli si indurrà a garantire, nei limiti delle sue finanze, un debito di persona impotente a soddisfarlo, ma tuttavia onesta e degna di essere soccorsa, si avrà bensì un danno privato per il fideiussore, ma in compenso la malleveria avrà forse impedito la rovina di un ottimo padre di famiglia o di un probo commerciante, che, in seguito, col lavoro potrà forse anche rifarsi il patrimonio e sdebitarsi verso il generoso fideiussore. Ciò che più importa è questo: che non si presti fideiussione a chi ne è immeritevole, poichè altrimenti si fomenta un male sociale che è la slealtà nel soddisfare i proprî impegni; si diminuisce il patrimonio degli onesti e si moltiplicano i debitori disonesti.

L'uomo prudente presterà malleveria solo quando possa farlo senza rovinare sè stesso: una fideiussione che produca il dissesto del fideiussore non può essere, di regola, benefica sotto l'aspetto sociale, poichè salva una persona colla rovina di un'altra; fa cessare una strettezza e ne crea un'altra. Delle donazioni così diceva Seneca (1): « *Dabo egenti, sed ut ipse non egeam. Succurram perituro, sed ut ipse non peream* ». Il precetto è ugualmente applicabile alla fideiussione.

Se danni e inconvenienti possono verificarsi, ciò pertanto dipende non dalla natura del contratto, per sè stesso benefico, ma dall'imprudenza umana. Il che può dirsi, in generale, di tutti i contratti.

52. — In condizioni normali la fideiussione è benefica sotto l'aspetto giuridico, economico e sociale. Sotto l'aspetto giuridico: poichè rende più sicuro l'adempimento dell'obbligazione garantita. Sotto l'aspetto economico: poichè aumentando il valore del credito assicurato, favorisce le contrattazioni, che spesso sono ostacolate dalla diffidenza. Sotto

(1) In Troplong, *op. cit.*, n. 26, p. 308.

Digitized by Google

l'aspetto sociale, da ultimo, la fideiussione è un istituto utile in quanto la garanzia delle altrui obbligazioni è una estrinsecazione dell'altruismo. Di mano in mano che le società progrediscono, i sentimenti egoistici si attenuano conciliandosi con sentimenti altruistici o cedendo a questi. Ciò si dica per tutte le manifestazioni dell'attività umana.

In materia contrattuale il principio egoistico consiste fra l'altro nel non obbligarsi mai gratuitamente, o per altri. La donazione e gli altri contratti a titolo gratuito sono uno strappo dell'altruismo sull'egoismo, per quanto concerne la prima parte di quel principio. La fideiussione e le altre obbligazioni che si contraggono per altri, quali il pegno o l'ipoteca dati per altri, costituiscono (se contratti gratuitamente come accade per lo più) un secondo strappo per ciò che riguarda la seconda parte dello stesso principio.

Capo II.

CARATTERI DOTTRINALI.

Sommario: 53. Elementi della fideiussione.

53. — Gli elementi dai quali risulta l'entità giuridica della fideiussione sono dati:

1° dai caratteri *essenziali*;
2° dai caratteri *naturali*.

Sezione I.

Caratteri essenziali.

Sommario: 54. Partizione.

54. — Nell'esame dei caratteri essenziali determineremo:

1° la natura giuridica e l'oggetto della fideiussione;
2° il suo contenuto e la sua causa.

Digitized by Google

§ 1.

Natura ed oggetto della fideiussione.

SOMMARIO: 55. Caratteri essenziali.

55. — I caratteri *essenziali* della fideiussione in rapporto con la sua natura e col suo oggetto sono dati:

a) dall'*accessorietà* e dalla *sussidiarietà*;

b) dalla *connessità*;

c) dalla distinzione del rapporto accessorio dal principale.

a) Accessorietà e sussidiarietà.

SOMMARIO: 56. Significato dell'*accessorietà*. — 57. Oggetto proprio della fideiussione. — 58. Il fideiussore si obbliga *proprio nomine*. — 59. Continuazione. — 60. Casi in cui la fideiussione è obbligazione principale. — 61. Obbligazioni non accessorie. — 62. La *sussidiarietà*. — 63. Gli obbligati sussidiariamente. — 64. La fideiussione non è un'obbligazione condizionale.

56. — La fideiussione è, per sua essenza, un'obbligazione accessoria.

Il senso dell'espressione *obbligazione accessoria* varia secondo che si considera l'ordine che hanno fra loro le cose formanti l'oggetto d'una medesima obbligazione, oppure si considerano i rapporti intercedenti fra due obbligazioni, distinte e incombenti a persone diverse.

Nel primo caso è principale la obbligazione di ciò che costituisce l'oggetto principale della convenzione (ad es., l'obbligazione del venditore di consegnare il fondo al compratore e di garantirlo dalle molestie e dalla evizione; l'obbligo del debitore di pagare al creditore un *capitale*); mentre è accessoria l'obbligazione che è una *conseguenza* subordinata di quella obbligazione (ad es. l'obbligo dello stesso venditore di consegnare al compratore i titoli relativi allo stesso fondo; l'obbligo del debitore di corrispondere gli *interessi* del denaro).

In questo senso *accessoria* vale *secondaria*, ossia obbligazione che viene appresso alla principale; obbligazione il cui rapporto è prodotto direttamente dalla obbligazione principale.

Digitized by Google

Nel secondo caso è accessoria l'obbligazione di chi si obbliga per altri e che si *aggiunge* ad altra principale onde assicurarne l'esecuzione. E in tale senso accessoria significa *aggiunta*, ossia obbligazione che si accompagna alla principale, e, per essa, al diritto già competente al creditore se ne *aggiunge* uno nuovo. In altri termini: rispetto alle persone che si obbligano è principale l'obbligazione di chi si vincola per sè stesso; accessoria l'obbligazione di chi si obbliga per altri.

Quando si afferma pertanto tale carattere di *accessorietà*, bisogna evitare l'equivoco consistente nell'opinione che obbligazione accessoria significhi, nella soggetta materia, obbligazione *conseguente*, la quale faccia parte della obbligazione principale, così come, ad. es., l'obbligo secondario di pagare gli interessi fa parte dell'obbligo principale di pagare il capitale. L'aggettivo *accessorio* ha, come si disse ora, due distinti significati tecnici, potendo valere: *conseguente* e *aggiunto* (1).

E obbligazione accessoria significa, in materia di fideiussione, obbligazione aggiunta ad altra.

57. — È pertanto erronea l'opinione che l'obbligazione del fideiussore non abbia un *oggetto ad essa proprio*, perchè quanto deve il fideiussore è ciò che deve il debitore principale, ossia perchè il fideiussore deve l'*idem* (2).

L'obbligazione fideiussoria, pur essendo accessoria ad altra principale, ha un'entità distinta da quest'ultima (3), ed ha per conseguenza un oggetto proprio. A ciò non osta la circostanza che il fideiussore debba l'identica prestazione dovuta dal debitore principale: questa identità di prestazione produce, fra l'obbligazione fideiussoria e la principale, una *connessità* per ragione di oggetto (4); ma poichè il rapporto

(1) Questo secondo significato è d'origine latina derivando l'aggettivo accessorio dal verbo *accedere* « accessit ea res in cumulum miseriae »; « ad eius senectutem accedebat ut coecus esset »; « accedit quod ». Sono frasi di Cicerone, dove il verbo *accedere* significa *aggiungere*. E *accessio* vale non soltanto appressamento e accrescimento, ma altresì *aggiunta*.

(2) Così, a torto, afferma il Gérardin, *Étude sur la solidarité*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, vol. VIII, 1884, p. 213.

(3) Vedi lo svolgimento di questo principio al n. 73.

(4) Vedi *ultra*, nn. 70, 71.

Digitized by Google

accessorio ha un'entità distinta dal rapporto principale, così ha sempre un oggetto proprio. Il quale può, conseguentemente, non coincidere per l'estensione o per le modalità con l'oggetto proprio del rapporto principale, nel senso che l'oggetto della fideiussione può essere una prestazione inferiore nella misura a quella che forma oggetto dell'obbligazione principale, o una prestazione dovuta a condizioni meno gravi (1).

58. — S' insegna che il fideiussore si obbliga *alieno nomine*; e questa opinione ha un appoggio nella L. 1, § 8, D. *de obligat. et act.* 44, 7, dove è dichiarato: *qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur* (2).

Ma bisogna intendersi sul significato tecnico della frase *alieno nomine*.

Se con questa espressione si vuol significare che il fideiussore si vincola al *pagamento di un debito altrui* nel senso che si obbliga verso il creditore a soddisfare l'obbligazione del debitore se questi non la soddisfaccia, si afferma un principio indiscutibile, benchè in forma inesatta, poichè sarebbe più proprio il dire che il fideiussore si obbliga *pro debitore*.

Ma se si vuole colla detta espressione affermare che il fideiussore si obbliga non in nome proprio, ma *in nome d'altri*, tale opinione è errata.

Con la fideiussione l'obbligazione del debitore principale non cessa d'esistere, nè viene divisa: il fideiussore cioè non si sostituisce nè totalmente, nè in parte al principale obbligato; questi continua ad essere tenuto per l'intera obbligazione. Il fideiussore è in realtà un secondo debitore, che si obbliga bensì in via accessoria soltanto, ma è nondimeno un altro debitore dappoichè, se il principale obbligato non soddisfa la propria obbligazione, è tenuto egli verso il creditore a soddisfarla. Ciò significa che il fideiussore non si vincola *nomine alieno* (in nome del debitore principale) ma bensì *nomine proprio*. La quale massima armonizza col principio,

(1) V. *ultra*, in questa stessa *Parte Generale*.

(2) Nello stesso senso: Hering, *op. cit.*, cap. 20, n. 24 e una nota alla sentenza della Corte d'app. di Potenza, 27 gennaio 1868, negli *Annali della giur. it.*, III, 2, 148.

Digitized by Google

che fra poco dimostreremo, per il quale il *rapporto accessorio* è distinto dal *principale*.

59. — Nè si obbietti che quando la fideiussione ha luogo per mandato del debitore principale, il fideiussore si obbliga *nomine alieno*, conformemente alla natura del mandato, che si definisce come un contratto, in forza del quale una persona si obbliga a compiere un affare *per conto* di un'altra persona, da cui ne ha avuto l'incarico (art. 1737 Codice civile italiano).

Ciò è vero nei rapporti tra fideiussore e debitore principale. Ma si deve avvertire che la fideiussione è un contratto che intercede direttamente tra il fideiussore ed il creditore; il debitore principale resta estraneo a questo contratto, ed infatti ciascuno può rendersi fideiussore senza ordine ed eziandio senza saputa di colui pel quale si obbliga. È dunque nei rapporti tra creditore e fideiussore che si deve determinare se quest'ultimo si obbliga *suo nomine* o *nomine alieno*; ora, verso il creditore, il fideiussore si obbliga *suo nomine* anche quando presti fideiussione per mandato del debitore: anche in questo caso egli è pel creditore un secondo debitore, che si è obbligato personalmente, di guisa che, se il debitore non paga, è tenuto direttamente verso il creditore come se fosse debitore principale.

60. — Può avvenire che la fideiussione, la quale è obbligazione accessoria, assuma la natura di obbligazione principale. Questo caso si verifica: 1° quando si costituisca volontariamente una sicurtà reale (pegno in senso ampio) per assicurare non l'obbligazione principale, ma la stessa fideiussione, la quale, allora, rispetto al pegno, è obbligazione principale; 2° quando si costituisce una seconda fideiussione per assicurare l'obbligazione fideiussoria, la quale, in tal caso, è obbligazione principale (1).

61. — Dal principio che la fideiussione è obbligazione accessoria, si deduce che se un'obbligazione è contratta da un terzo in modo diretto e indipendentemente dal primo

(1) Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, n. 325, pp. 633-635. Le conseguenze e applicazioni dell'accessorietà saranno da noi esaminate nelle relative trattazioni speciali.

Digitized by Google

debitore, si ha non una fideiussione, ma un'obbligazione diretta (1).

62. — Non va poi confusa con l'accessorietà della fideiussione la sua *sussidiarietà*, perocchè, mentre il primo carattere significa che la fideiussione è una obbligazione aggiunta ad altra, il carattere di obbligazione sussidiaria nasce dal principio che il fideiussore può essere costretto a soddisfare il debito soltanto se il creditore non sia stato soddisfatto dal debitore principale (2). Tale sussidiarietà risulta più spiccatamente qualora il fideiussore goda del beneficio di escussione, invocando il quale egli può ottenere, nel concorso delle volute condizioni, di pagare soltanto dopo che il creditore abbia escusso inutilmente, in tutto o in parte, nei suoi beni il debitore principale. Ecco perchè nell'antico diritto romano, che non ammetteva il detto beneficio (3), la sussidiarietà non era esplicitamente riconosciuta. Ma si noti che la fideiussione non cessa di essere obbligazione sussidiaria ancorchè il fideiussore non goda del beneficio di escussione o perchè vi abbia rinunciato, o perchè sia obbligato in solido col debitore, o perchè la legge glielo neghi. Perocchè se il detto beneficio è una applicazione della sussidiarietà, non è tuttavia una condizione essenziale di essa, in quanto il fideiussore privo di tale beneficio è pur sempre obbligato a pagare soltanto se, alla scadenza dell'obbligazione garantita, il debitore non abbia soddisfatto il creditore; il che significa che, almeno virtualmente, egli è sempre vincolato *in subsidium*.

63. — Comunque, l'obbligazione fideiussoria non può mai essere assimilata a quella dell'*obbligato sussidiariamente* il quale ha bensì il diritto di non essere molestato prima del debitore principale, ma a differenza del fideiussore, non può mai invocare il beneficio di escussione, qualora il creditore, non soddisfatto dal debitore principale, proceda contro lui successivamente. In altri termini il creditore non può

(1) Galdi, *Trattato della fideiussione in diritto civ., comm. ed amm.*, p. 15 (Napoli, 1901). Confr. Cass. Torino, 20 luglio 1886, ivi citata.

(2) Dernburg, *Pandekten*, II, § 78, n. 2.

(3) Vedi *ultra*, n. 93, e confr. Dernburg, *op. loc. cit.*

Digitized by Google

cominciare dall'obbligato in sussidio anzichè dal debitore principale, ma il primo non ha il beneficio di escussione (1).

64. — Si avverta, da ultimo, che se il fideiussore è tenuto ad eseguire l'obbligazione garantita, *qualora il debitore non la soddisfaccia* (Cod. civ. it., art. 1898), ciò non significa tuttavia che la fideiussione sia una obbligazione condizionale nel senso che il fideiussore si obbligi soltanto per il caso di dimostrata insolvibilità del debitore. Allorchè questi non soddisfa il debito alla scadenza, l'obbligazione del fideiussore di pagare è pura e semplice, poichè il creditore può agire contro lui senza dover dare prima la prova dell'insolvibilità del debitore, se il fideiussore non invoca il beneficio di escussione che non è essenziale alla fideiussione (2). Ma poichè l'obbligazione del debitore non viene meno per l'intervento del fideiussore, è esatta l'affermazione legislativa e dottrinale sopra menzionata in quanto pone il principio che l'obbligo del fideiussore di adempiere l'obbligazione propria presuppone l'inadempimento di quella del debitore (3).

b) Connessità.

SOMMARIO: 65. Natura del rapporto tra la fideiussione e l'obbligazione principale. — 66. La correalità. — 67. La solidarietà. — 68. L'unicità dell'obbligazione. — 69. La « Singularsuccession ». — 70. La connessità. — 71. Continuazione. — 72. Continuazione.

65. — La accessorietà e la sussidiarietà costituiscono bensì un carattere essenziale della fideiussione, ma non determinano ancora la natura giuridica della relazione che passa fra la garanzia personale e il rapporto garantito. Sicchè bisogna aggiungere al principio della accessorietà e della sussidiarietà quello relativo alla natura della detta relazione.

66. — *La correalità.* — A tale scopo va primieramente escluso che il fideiussore e il debitore principale siano debitori correali nel senso romano, o solidali nel senso odierno.

(1) GALDI, *op. cit.*, p. 19; Cass. Palermo, 22 dicembre 1894 (*La Legge*, 1895, 550).

(2) *Ultra*, n. 209.

(3) Confr.: POTHIER, n. 413; TROPLONG, n. 23; GALDI, *op. cit.*, p. 20.

Digitized by Google

Tralasciando — perchè inutile al nostro assunto — l'esame della costruzione giuridica dell'obbligazione *correale* e delle differenze tra questa e la *solidale* (1) (nel che è profonda la diversità fra il sistema romano e l'odierno), notiamo, per quanto riguarda la ricerca se nell'obbligazione fideiussoria vi sia un *elemento correale*, costituito dall'identità delle obbligazioni, essere bensì vero che, sia il fideiussore come il debitore principale sono tenuti « una eademque obligatione »; ma il fideiussore non ha promesso *idem*, bensì ha prestato garanzia *per l'idem* (2).

Pertanto l'obbligazione fideiussoria non è identica a quella del debitore principale nel medesimo senso in cui l'obbligazione dell'un *reus promittendi* è identica a quella dell'altro *reus promittendi*, essendo che il fideiussore, a differenza del *reus promittendi*, benchè sia debitore di un *idem*, è debitore non di un *idem autonomo*, ma di un *idem accessorio* (3). E ciò perchè il *reus promittendi* è tenuto *in qualità di debitore*, mentre il fideiussore è vincolato *per il debitore*; il che non esclude tuttavia che il fideiussore si obblighi non già *nomine alieno*, ma *proprio nomine* in quanto egli non rappresenta il debitore principale, ma è tenuto a soddisfare la *propria obbligazione* sul fondamento del debito principale (4).

(1) Vedi: Hofrath, *Correalität und Solidarität*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 27°, 1891, p. 374-481; Binder, *Die korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899, e, in particolare, il § 6, p. 130-159 sulle « accessorische Solidarobligationen ».

(2) Geib, *Zur Dogmatik des Römischen Burgschaftsrechts* (Tubingen, 1894), § 3, n. 2, p. 37-38: « Bei den Adpromissionen i. e. S. wird wenigstens ausdrücklich ein Idem — gleichviel wie dasselbe genauer zu denken sein mag — spondiert oder promittiert. In der Fideiussionformel dagegen wird zwar auch ein Idem verlantbart oder doch in einer gleichbedeutenden Weise auf die Hauptobligation Bezug genommen. « Dasselbe » wird aber nicht versprochen, sondern lediglich für « Dasselbe » verbis Garantie geleistet. Denn dass « idem fide mea esse iubeo » kann doch nichts Anderes heissen, als « Dasselbe will ich auf meine Gefahr sein lassen ». Confr. Binder, *op. loc. cit.*

(3) Conforme Geib, *op. cit.*, § 3, n. 8, p. 55-56. Confr. Wächter, *op. cit.*, II, § 222, p. 509, il quale afferma, che la fideiussione è « nicht eine reine, sondern eine accessorische korrealobligation ». Confr. anche Binder, *op. loc. cit.*

(4) Vedi *retro*, n. 58 e 59. In senso diverso: Geib, *op. cit.*, § 3, n. 6, p. 49-54; n. 8, p. 56 e n. 9, p. 57.

Digitized by Google

Sicchè l'obbligazione del fideiussore sta nel mezzo fra la obbligazione di colui che ha promesso la liberazione di un altro e l'obbligazione di un *correus debendi*. Obbligazione correale, promessa di liberazione del debitore e fideiussione sono tre forme di obbligazione che servono in diverso grado all'interesse del creditore. La prima serve al massimo grado, perocchè per essa il creditore ottiene un secondo debitore principale; la seconda serve al minimo grado, poichè per essa il creditore dispone di un'obbligazione soltanto sussidiaria e non identica a quella del debitore principale; la fideiussione, da ultimo, serve al creditore in grado meno alto della prima in quanto il fideiussore è tenuto eventualmente soltanto per un *idem* accessorio; ma in grado più alto della seconda in quanto il fideiussore stesso è obbligato pur tuttavia per un *idem* (1).

67. — *La solidarietà*. — Va poi escluso che il debitore principale e il fideiussore siano debitori solidali.

Come la fideiussione e l'obbligazione principale non possono essere identificate a guisa delle obbligazioni correali per le ragioni già dette, così è escluso che servano all'identico scopo come le obbligazioni solidali. Perocchè mentre l'obbligazione principale occupa il primo posto riguardo allo scopo dell'adempimento della prestazione, l'obbligazione fideiussoria viene, per così dire, in seconda linea, in quanto tende soltanto allo scopo della sicurtà del creditore nell'eventualità di un mancato pagamento. Sicchè, sostanzialmente, quanto il creditore esige come adempimento dell'obbligazione principale, e quanto esige in esecuzione dell'obbligazione fideiussoria, non è necessariamente, ma soltanto eventualmente la stessa cosa (2).

L'effetto liberatorio dell'adempimento dell'obbligazione principale o della fideiussoria, non ha poi il suo fondamento

(1) Geib, *op. cit.*, § 3, n. 13, p. 66-68, il quale però dopo avere anche esso affermato che la fideiussione serve al creditore in grado più alto della seconda fra le dette obbligazioni, perchè il fideiussore deve tuttavia un *idem*, soggiunge: « und dieses [l'idem] nicht subsidiär schuldet »; il quale ultimo concetto è, a nostro avviso, inesatto, almeno per il diritto odierno.

(2) Geib, *op. cit.*, § 4, n. 9, p. 69-70.

Digitized by Google

nella identità del contenuto delle due obbligazioni; ma si fonda piuttosto in ciò che il creditore può esigere soltanto l'adempimento di una fra le due obbligazioni, e cioè o l'adempimento dell'obbligazione principale, oppure quello dell'obbligazione fideiussoria, se ed in quanto il debito principale non sia stato adempiuto o annullato (1).

68. — *L'unicità della obbligazione.* — Quanto si è detto fin qui vale pertanto a dimostrare l'erroneità della dottrina che riporta la fideiussione al principio della *obbligazione unica con più coobbligati* (2).

Questa teoria contraddice apertamente al principio secondo il quale la fideiussione, pur essendo una obbligazione accessoria, è tuttavia un'obbligazione nuova, distinta per ciò dalla obbligazione principale, con la quale, in altri termini, non va identificata (3). Sicchè il concetto di una obbligazione *unica* con più partecipanti è contrario alla stessa essenza dell'obbligazione fideiussoria, essendovi non un'obbligazione unica, ma due obbligazioni: la principale e la fideiussoria distinte per il loro scopo e per la loro entità.

69. — *La « Singularsuccession ».* — Va poi escluso che la fideiussione odierna sia una « Singularsuccession » nel debito, nel senso che allorquando il fideiussore, per contratto stipulato o col creditore o col debitore, assume sopra di sè il debito altrui, questo debito (senza che si abbia novazione) passi nel fideiussore così come esisteva nella persona del precedente debitore, con le sue accessioni ed eccezioni; di modo che l'obbligazione precedente continua a sussistere, ma accade un cambio nella persona del debitore (4).

(1) Geib, *op. cit.*, § 4, n. 3, p. 70-72; n. 4, p. 72-74 e n. 5, p. 74-75. Le applicazioni del principio posto nel testo si trovano nella *Parte speciale* del presente lavoro.

(2) Il Galdi, *Trattato della fideiussione*, p. 9 (Napoli, 1901), scrive, in base a tale erronea dottrina, che la obbligazione *è una* e gli obbligati sono due, e che in questa unicità di obbligazione impropriamente si dice obbligazione principale e obbligazione accessoria; e tutt'al più potrà esservi un obbligato diretto ed un obbligato per fideiussione.

(3) Vedi su ciò quanto esponiamo ai nn. 73 e 74, e Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, n. 450.

(4) Confr., per il concetto della intercessione, Baron, *Pandekten*, § 254, pag. 427-429.

Digitized by Google

Con la fideiussione non solo non si verifica alcuna novazione, ma neppure un trapasso del debito nella persona del fideiussore con conseguente mutazione nella persona del debitore; non si tratta infatti di una successione speciale nel debito, bensì di una *nuova* obbligazione (la fideiussoria) che si aggiunge alla principale senza produrre alcun cambiamento nella persona del debitore, il quale continua ad essere il principale obbligato così come l'obbligazione garantita continua a sussistere inalterata.

70. — *La connessità*. — In sostanza la fideiussione appartiene alla classe delle *obbligazioni connesse* e precisamente a quella specie di *connessità* che deriva dalla riunione di due obbligazioni intorno ad un determinato oggetto (1), in maniera che il creditore possa esigere soltanto l'adempimento di una fra le dette obbligazioni, ossia, come già dicemmo, o l'adempimento della obbligazione principale o quello della obbligazione fideiussoria, se ed in quanto il debito principale non sia stato adempiuto dal debitore principale o dal fideiussore, o non sia stato annullato.

71. — Connessità e non successione singolare nel senso ammesso da una dottrina tedesca, secondo la quale il nesso tra il rapporto giuridico accessorio e il rapporto giuridico principale collega talmente entrambi i rapporti, che l'oggetto del rapporto principale abbraccia e comprende l'oggetto del rapporto accessorio così come la cosa principale abbraccia e comprende una sua pertinenza, quasi parte di essa (2). La connessità fra l'obbligazione garantita e la fideiussoria non toglie che quest'ultima abbia una propria e distinta entità, di modo che è antigiuridico il ritenerla come una pertinenza del rapporto principale, quasi parte di esso.

72. — Quanto s'è detto vale sia per la fideiussione semplice come per la solidale, come per la fideiussione fatta *donandi animo*. Le quali differiscono bensì fra loro rispetto

(1) Confr. Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, II, n. 449-450. Le conseguenze e applicazioni della connessità saranno esposte nelle rispettive trattazioni speciali.

(2) Vedi in questo senso, che noi respingiamo, Kuntze, *Die obligationen im Römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1886, § 46, p. 220 (*Die obligatorische Singularsuccession*, § cit., p. 212-221).

Digitized by Google

al godimento del beneficio di escussione e riguardo al regresso, accordati al fideiussore semplice, e non al fideiussore *donandi animo*; mentre il fideiussore solidale gode del regresso, ma non del beneficio di escussione. Ma sono identiche quanto all'effetto che un solo pagamento fatto dal fideiussore o dal debitore principale libera l'uno e l'altro verso il creditore; e sono obbligazioni connesse per ragione di oggetto (1).

c) Distinzione del rapporto accessorio dal principale.

SOMMARIO: 73. Entità distinta della fideiussione. — 74. Continuazione. — 75. Se la fideiussione debba seguire, *ipso jure*, le sorti dell'obbligazione principale. — 76. Relatività della dipendenza. — 77. Continuazione. — 78. L'autonomia dei diritti reali.

73. — La stessa connessità fra il *rapporto principale* e il *rapporto accessorio* presuppone poi la distinzione già notata dell'uno dall'altro, essendo il concetto di *connessione* contrario a quello di *identità*.

Con la garanzia personale infatti (e ciò vale in grado più alto per la garanzia reale) (2) nasce un rapporto distinto dall'obbligazione assicurata. Ossia la obbligazione del garante non si confonde con l'obbligazione garantita; non si ha cioè una sostituzione del soggetto passivo in quest'ultima obbligazione; ma il garante è tenuto in forza di una obbligazione distinta, assunta *nomine proprio* (3).

È bensì vero che la volontà di obbligarsi del fideiussore si associa alla volontà di obbligarsi del debitore principale, ma non è punto esatto quanto afferma il KUNTZE (4) che la prima appaia come *pars et sequela* dell'altra, perocchè a tale concetto si oppone la notata distinzione dei due rapporti.

La fideiussione d'altra parte lascia sussistere nella sua integrità il debito principale. L'obbligazione fideiussoria,

(1) GIORGI, *op. cit.*, II, n. 449.

(2) Come la *garanzia reale*, pur avendo comune con la *garanzia personale* il fine economico, abbia un carattere proprio che la distingue dall'altra, sarà dimostrato più oltre.

(3) Vedi *retro*, n. 58 e 59.

(4) *Op. loc. citt.*

Digitized by Google

invero, diventa realmente efficace quando siasi verificato l'inadempimento della principale.

74. — Questo principio, per il quale il rapporto cui dà luogo la garanzia è distinto dal rapporto che essa assicura, non è contraddetto dall'altro principio già dimostrato, della *accessorietà*.

La non confusione dei due rapporti non toglie affatto che la fideiussione abbia il detto carattere di accessorietà. Quando si dice che la fideiussione è obbligazione accessoria, si intende di affermare, come s'è veduto, che essa è obbligazione assunta per altri, e *aggiunta* alla principale, nel senso che al diritto competente al creditore verso il debitore se ne aggiunge un altro verso il fideiussore. Ciò non implica pertanto alcuna confusione tra i due rapporti.

75. — Resta a decidere se dall'accessorietà e dalla connessità della fideiussione discenda, come necessaria conseguenza, che essa debba seguire, *ipso jure*, le sorti della obbligazione principale (1).

A questo riguardo è necessaria una distinzione tra gli elementi essenziali della fideiussione e gli elementi non essenziali.

La fideiussione segue le sorti dell'obbligazione principale per quanto concerne gli elementi essenziali alla sua creazione, alla sua validità, e alla sua sussistenza e per quanto riguarda il fine economico giuridico della fideiussione stessa. Perocchè, essendo essa una obbligazione di guarentigia, non può nascere nè sussistere senza il fondamento di una valida obbligazione principale, nè può eccedere la misura di questa. Altrimenti la garanzia sarebbe, o interamente o in parte, priva di contenuto. Se la obbligazione principale è valida, può accedere ad essa una fideiussione che è egualmente valida; mentre è nulla la fideiussione se accede ad un' obbligazione nulla (2). E se l'obbligazione principale è annullabile, la fideiussione

(1) L'affermativa è sostenuta dal Kuntze, *op. loc. cit.*, p. 220 « Der Schuldwille des Bürgen gesellt sich so zu dem Schuldwillen des Hauptschuldners, dass der erstere wie eine *pars et sequela* des anderen erscheint, dessen Schicksal *ipso iure* theilt..... ».

(2) Vedi *ultra*.

Digitized by Google

che ad essa abbia acceduto può sussistere soltanto finchè dura il rapporto garantito; di modo che, annullato questo, la fideiussione deve seguire le sue sorti (1). La fideiussione poi non può sorpassare la misura del debito principale, nè essere contratta a condizioni più gravi, e se è assunta in una misura maggiore di quella che è propria dell'obbligazione garantita, o a condizioni più gravi, essa è valida soltanto fino alla misura del debito principale, perocchè la guarentigia sarebbe, altrimenti, priva di fondamento per l'eccedenza.

La fideiussione segue ancora, per regola, le sorti del debito principale per quanto riguarda l'estinzione *indiretta* dell'obbligazione fideiussoria, essendo che, in massima, l'estinzione del debito principale produce l'estinzione della garanzia (2).

76. — Ma questa dipendenza assoluta che vale per i detti elementi essenziali, non sussiste invece per quanto concerne gli elementi non essenziali, relativi alle modalità dell'obbligazione fideiussoria e alla sua estinzione *diretta* (per cause proprie della fideiussione). È errata infatti l'opinione che la fideiussione validamente costituita debba seguire assolutamente le sorti del debito principale così come, in altri ordini di rapporti, l'accessorio segue il principale.

All'infuori dell'assoluta necessità del fondamento di una obbligazione principale che la fideiussione deve sempre avere per nascere e per sussistere, e all'infuori del divieto di oltrepassare nell'obbligazione sussidiaria la misura dell'obbligazione principale, è certo che non solo la legge, ma anche la volontà delle parti può distaccare le sorti della fideiussione da quelle del debito principale, o mediante convenzione fatta nell'atto stesso della costituzione della garanzia, o mediante accordo posteriore. E ciò perchè, costituita regolarmente la fideiussione, questa, senza cessare d'essere un' obbligazione sussidiaria, svolge un'esistenza distinta da quella del rap-

(1) Vedi *ultra*. Per il diritto positivo si ha una ingiustificabile eccezione a questa regola nell'art. 1899 Cod. civ. it. relativo alla fideiussione prestata per un'obbligazione annullabile in virtù di una eccezione meramente personale all'obbligato. Vedi *ultra*.

(2) Vedi la *Parte Speciale* della presente opera.

Digitized by Google

porto garantito; esistenza relativamente autonoma che può non seguire tutte le vicissitudini di quella propria dell'obbligazione principale, non solo per quanto riguarda le modalità del vincolo e dei relativi obblighi e diritti del fideiussore, ma altresì per quanto concerne la stessa estinzione della garanzia.

Così, ad es., potendo la fideiussione essere contratta *in leviorem causam*, pattuita la durata di essa per un tempo inferiore a quello per cui deve durare il debito garantito, e scaduto il termine assegnato alla detta durata della fideiussione, questa vien meno senza seguire le sorti dell'obbligazione principale che continua a sussistere.

Ancora per volontà delle parti la fideiussione può non seguire le sorti del debito principale in quanto il fideiussore può obbligarsi a pagare dentro un certo tempo o sotto condizione, mentre il debitore si obbliga puramente e semplicemente; nel qual caso se, scaduto il debito principale, la condizione sotto la quale si è vincolato il fideiussore non s'è ancor verificata, il fideiussore non è obbligato a pagare, mentre il debitore garantito è tenuto a soddisfare la sua obbligazione (arg., art. 1900, § 2, Cod. civ. it.) (1).

Così ancora la fideiussione non segue le sorti del debito principale in quanto il fideiussore può obbligarsi a pagare in un termine più lungo di quello entro cui si è vincolato il debitore principale (arg., art. cit.) (2).

77. — La relativa autonomia dell'obbligazione fideiussoria si manifesta altresì, come si disse, in rapporto alla estinzione diretta della fideiussione, ossia in relazione ai modi coi quali la fideiussione si estingue per cause proprie, in quanto può cessare, per cause determinate ad essa inerenti, ancorchè non venga meno l'obbligazione garantita (3).

Anche in materia di diritto transitorio e di diritto internazionale privato, questa relativa autonomia ha talune estrinsecazioni. Così la fideiussione va regolata non secondo la legge vigente nel giorno in cui ebbe vita l'obbligazione garan-

(1) Vedi *ultra*.
(2) *Idem*.
(3) *Idem*.

Digitized by Google

tita, ma a norma della legge del giorno in cui ebbe nascita la stessa fideiussione (1). E mentre l'obbligazione principale è governata dalla legge del luogo in cui fu contratta (salvo una diversa dichiarazione delle parti di volersi riferire a una legge diversa), la fideiussione, al contrario, se assunta in luogo diverso da quello dell'obbligazione principale, è governata dalla legge del luogo in cui venne assunta; ossia da una legge diversa, nella fatta ipotesi, da quella che si applica al debito principale, salva anche per la fideiussione una diversa dichiarazione delle parti (2).

78. — Da ultimo va notato che questo principio per il quale la garanzia, pur essendo sempre diretta ad assicurare una obbligazione, conserva tuttavia la sua distinta entità, non è esclusivo alla fideiussione, ma vale anche, e in grado più alto, per le garanzie reali, ossia per il pegno in senso ampio, essendo che i diritti reali di garanzia hanno una esistenza a sè nonostante la relazione che li unisce all'obbligazione garantita; e ciò perchè, come rapporto sulla cosa, hanno una entità loro propria (3).

d) Trasmissibilità della fideiussione insieme al credito garantito.

SOMMARIO: 79. Principio generale. — 80. Cessione di crediti. — 81. Girata della cambiale. — 82. Distinzione costante della fideiussione dal rapporto garantito.

79. — Il fine economico-giuridico della fideiussione essendo l'assicurazione del pagamento del debito garantito, essa segue, di regola, l'obbligazione principale se questa passa ad un nuovo creditore (4); altrimenti il detto scopo non sarebbe raggiunto, poichè il valore d'un credito dipende anche dalle garanzie del suo soddisfacimento; e tale valore diminuirebbe, o, talvolta, svanirebbe addirittura, se il nuovo credi-

(1) Vedi *ultra*.

(2) Cod. civ. it., art. 9 disp. prel. Vedi la dimostrazione di questo principio alla fine di questa *Parte Generale*, con le relative limitazioni.

(3) CHIRONI, *Trattato dei privilegi* ecc., I, n. 1, p. 1 e 3; e *Istit. di dir. civ.*, I, § 206.

(4) Confr. KUNTZE, *op. loc. citt.*, p. 220.

Digitized by Google

tore non potesse approfittare di quelle guarentigie, quali le fideiussioni, che assicuravano il pagamento al primo creditore.

80. — Un'applicazione di questo principio si ha in materia di cessione di crediti, in quanto la vendita o la cessione d'un credito comprende « gli accessori del credito stesso, come sarebbero le cauzioni, i privilegi e le ipoteche » (Codice civ. it., art. 1541 : franc., art. 1692). E poichè il vocabolo *cauzione*, nel suo senso generico e in quello che gli è proprio nella lingua francese (*caution*), dalla quale fu tradotto letteralmente nella legge italiana (art. cit.), comprende anche la fideiussione, è certo che, passato il credito da uno ad altro creditore per effetto della cessione, anche la fideiussione che garantiva quel credito segue questo presso il nuovo creditore, salva una convenzione contraria (1), ove questa non sia esclusa dalla natura del credito garantito.

Il quale principio è completato dall'altro per cui il cedente deve garantire l'esistenza regolare non solo del credito, ma anche l'esistenza regolare della fideiussione, perocchè il cessionario ha, presumibilmente, fatto assegnamento su tale fideiussione, in vista della quale forse si è indotto ad acquistare il credito. E poichè la detta garanzia dell'esistenza e della regolarità della fideiussione nasce dalla natura del contratto, non occorre, perchè il cedente vi sia tenuto, nè che essa sia stata promessa espressamente, nè che nell' atto di cessione la fideiussione sia stata designata specificatamente. Basta invece che la garanzia in discorso non sia esclusa da nessuna convenzione espressa o tacita. Il cedente però non è tenuto a garantire l' efficacia della fideiussione, e quindi neppure la solvibilità del fideiussore, nello stesso modo che non è obbligato a garantire l'efficacia del credito ceduto (2).

(1) Conf. : Laurent, XXIV, n. 532; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil — De la vente et de l'échange*, Paris, 1900, n. 809, p. 734-735. Per le modalità del passaggio della fideiussione in seguito alla cessione del credito garantito, in diritto romano, consulta Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, 1879, p. 269 testo e nota 4.

(2) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 820, p. 742; Laurent, XXIV, n. 546.

Digitized by Google

81. — In materia cambiaria si ha un'altra applicazione della trasmissibilità della fideiussione insieme col credito garantito, per quanto concerne gli effetti della girata che, a norma della legge commerciale, trasferisce oltre alla proprietà della cambiale « tutti i diritti a questa inerenti » (Codice comm. it., art. 256). E fra questi diritti è compresa la fideiussione, la quale se garantisce un' obbligazione cambiaria, viene trasferita nel giratario per effetto della girata (1).

82. — Questo principio per cui la fideiussione segue il credito garantito, se questo passa a un nuovo creditore, non contraddice alla massima secondo la quale la fideiussione ha un'entità distinta da quella del debito principale, e svolge un'esistenza relativamente autonoma: una obbligazione può seguire un'altra obbligazione nei suoi passaggi da un titolare a un altro, senza perdere per ciò la propria entità e senza diventare la parte di un tutto. La fideiussione tende allo stesso scopo dell'obbligazione principale, che è il pagamento di un debito; perciò, a raggiungere tale fine, essa deve seguire l'obbligazione principale presso il nuovo creditore; ma con ciò i due debiti, il principale e l'accessorio, non confondono le loro entità. Le loro sorti possono anzi essere separate per espressa convenzione, se le parti hanno espressamente stabilito che la fideiussione s'intende prestata soltanto per garantire il creditore attuale (2), perocchè il principio contrario statuito dal legislatore non è essenziale alla fideiussione nè è d'ordine pnbblico; per la qual cosa le parti possono derogarvi.

§ 2.

Contenuto e causa della fideiussione.

Sommario: 83. La guarentigia. — 84. La « causa obligandi ». — 85. Il fine economico della fideiussione. — 86. Partizione.

83. — Il contenuto della fideiussione è dato dalla *guarentigia* dell'adempimento di un'altra obbligazione mediante la eventuale sua esecuzione.

(1) Supino, *Istit. di dir. comm.*, n. 350.
(2) Kuntze, *op. loc. citt.*, p. 220.

Digitized by Google

Di qui l'obbligo del fideiussore di pagare per il debitore nel caso che questi sia inadempiente. E di qui ancora deriva l'obbligo di chi sia obbligato a dare sicurtà di presentare una persona idonea ad obbligarsi come fideiussore e che abbia speciali condizioni di solvibilità (1).

84. — Il detto contenuto determina inoltre la *causa obligandi* della fideiussione. La quale, se, come avviene di regola, non è atto a titolo oneroso (perchè, di regola, il fideiussore non pattuisce per sè un compenso) (2), non ha certamente per causa un vantaggio pecuniario che il fideiussore attenda o riceva dal debitore o dal creditore, ma bensì ha per scopo immediato e diretto la volontà del fideiussore di rendere un servizio ad altri, assumendo l'*onus obligationis* verso il creditore (3).

Se poi la fideiussione non è assunta a titolo lucrativo, perchè il fideiussore ha pattuito col creditore o col debitore un compenso (il che avviene più di rado) la *causa obligandi* non è più quella sopra esposta, ma è necessariamente il vantaggio che il fideiussore attende o riceve dal creditore o dal debitore (4).

85. — È poi ancora l'elemento della garanzia quello che costituisce il fine economico della fideiussione, comune alla garanzia reale.

Così la fideiussione concorre a realizzare uno degli scopi del *rapporto giuridico*, il quale ha per fini o il *godimento* della cosa oppure la *garanzia* di una obbligazione, essendo l'*interesse* il fine mediato di ogni rapporto di tal natura (5).

86. — La guarentigia della obbligazione diventa poi realmente efficace nel momento in cui si deve dal fideiussore eseguire per il debitore l'obbligazione inadempiuta. Ciò posto bisogna determinare:

(1) Vedi *ultra*.

(2) Vedi *ultra*.

(3) Confr.: Gérardin, *Étude sur la solidarité*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, vol. VIII, 1884, p. 241; Bouvet, *De la cause*, Paris, 1897, p. 36-37 e 39.

(4) Vedi *ultra*, n. 119.

(5) Jhering, *Geist d. röm. Rechts*, Leipzig, 1875-1883, IV, §§ 60 e seg.; *Zweck im R.*, Leipzig, 1877-1883, I, p. 443 e seg.

Digitized by Google

a) la natura e i caratteri della garanzia;

b) il momento in cui sorge per il fideiussore l'obbligo di eseguire l'obbligazione inadempiuta.

a) Natura e caratteri della garanzia.

SOMMARIO: 87. Guarentigie legali e convenzionali. — 88. Diritti reali e personali. — 89. L'elemento personale e reale della fideiussione. — 90. Transizione.

87. — È noto che, per principio generale, i beni del debitore sono la garanzia comune dei creditori. Ma poichè taluni beni sono sottratti dalle leggi, in tutto o in parte, all'azione creditoria; e poichè spesso la sola fiducia nella promessa del debitore è per il creditore insufficiente garanzia, furono introdotte le guarentigie delle obbligazioni, le quali nascono o dalla *legge* (es. diritto del creditore di esercitare i diritti del debitore; azione pauliana; sequestro conservativo e giudiziario; ipoteca legale e giudiziale; privilegio; separazione dei beni; diritto di ritenzione; fideiussione legale) o dalla *convenzione* delle parti, sia che la garanzia venga data dal debitore, sia che venga somministrata da altri per lui (pegno, ipoteca e sequestro convenzionali; anticresi; fideiussione convenzionale). Onde la distinzione fra le guarentigie *legali* e le *convenzionali*.

Sia nelle guarentigie legali come nelle convenzionali, il contenuto della garanzia può consistere o in un *diritto reale* (es. il pegno) o in un *diritto personale*, ossia di *obbligazione*. Appartiene a quest'ultima specie il contenuto della fideiussione il cui carattere di *garanzia personale* vuole essere analizzato nei suoi elementi.

88. — Conviene partire, in questo esame, dal concetto del *diritto personale* e del *diritto reale*.

Considerato il *rapporto giuridico* come la posizione giuridica (ossia stato) della persona rispetto ad una cosa od altra persona (1), il concetto del *diritto reale* e del *diritto*

(1) Sulla teoria del rapporto giuridico, la cui esposizione eccede i limiti di questo lavoro, vedi CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, ecc., n. 22 e seg., p. 43 e seg., con gli autori ivi citati.

Digitized by Google

personale o d'*obbligazione* nasce dal modo in cui la cosa è dedotta nel rapporto.

Nel diritto reale la cosa è in relazione diretta con la persona al cui potere immediato è sottoposta.

Nel diritto di obbligazione la persona (soggetto passivo) vincola sè stessa promettendo a favore di altra (soggetto attivo) una prestazione determinata, ossia il soggetto attivo è in relazione immediata col soggetto passivo. Il soggetto attivo, vale a dire il creditore, esercita bensì il suo potere su ciò ch'è dedotto nel rapporto, ma questo oggetto vi entra non per sè; sibbene « per *il fatto* e *nel fatto* (o non fatto) del soggetto passivo » (1).

Onde la entità dell'*obbligazione* risulta da due fattori: l'elemento personale e il patrimoniale. Elemento personale nascente dalla dipendenza dell'oggetto dalla persona obbligata. Elemento reale, avente per contenuto « il *valore*, del quale, in conseguenza della obbligazione, è accresciuto il patrimonio del creditore e diminuito quello del debitore » (2); al che non è necessario che l'obbligazione abbia un oggetto stimabile in denaro, essendo che il valore riguarda la relazione patrimoniale che si manifesta con la esecuzione sui beni del debitore inadempiente (3). I due elementi, personale e reale, coesistono nella obbligazione, ma vi prevale l'elemento personale, per il fatto che a costituirla interviene necessariamente il soggetto passivo. Il quale, nella soggetta materia, è il fideiussore personalmente obbligato a soddisfare l'obbligazione garantita se il debitore principale non l'adempie (elemento personale); salva l'esecuzione sui beni dello stesso fideiussore se anch'esso sarà inadempiente (elemento reale).

89. — L'elemento personale e il reale spiegano, insieme uniti, il modo col quale la fideiussione raggiunge il suo scopo economico che è la guarentigia.

(1) Chironi, *op. cit.*, n. 23, p. 47. — Sulla comparazione fra i diritti personali e i reali, consulta Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, n. 5-8, p. 9-27 (Verona-Padova, 1898), con gli autori ivi citati. — Sulle varie dottrine relative al criterio differenziale fra diritti reali e obbligazioni, vedi Puntschart, *Die moderne Theorie des Privatrechts u. s. w.*, pag. 125-231, Leipzig, 1893.

(2) Chironi, *op. cit.*, n. 26, p. 51-52.

(3) *Idem*.

Digitized by Google

Il valore economico di un credito non dipende soltanto dall'entità del suo oggetto, ma altresì dal grado di probabilità del suo soddisfacimento. I fattori di tale probabilità sono diversi, come ad es. la solvibilità del debitore, la sua onestà, la sua residenza attuale, ossia la sua lontananza dal luogo del pagamento.

Supposto che il valore del credito sia, in rapporto al grado di probabilità di esigerlo, rappresentato da 1, se alcuno presti fideiussione per quel credito, tale valore aumenta in ragione del grado di probabilità di esigere il credito dal fideiussore ove il debitore principale venga meno all'obbligazione. E questo grado di probabilità è determinato anche esso da varî fattori, quali il grado di solvibilità del fideiussore, la sua onestà, la sua residenza, le condizioni con le quali egli ha prestato la fideiussione (puramente e semplicemente, oppure sotto condizione, o entro un certo tempo; per tutto il debito, ovvero soltanto in parte, ecc.).

A parità di condizioni, se il grado di probabilità di esigere il credito dal fideiussore sia uguale al grado di probabilità di riscuoterlo dal principale obbligato (grado che rappresentammo con 1), il valore del credito riguardo alla sua esigibilità aumenta del doppio mediante l' intervento del fideiussore.

In ogni caso tra gli effetti della fideiussione si ha sempre questo: un aumento più o meno grande del valore economico dell'obbligazione assicurata; dal che nasce una maggior facilità delle contrattazioni e uno sviluppo salutare del credito, che è tanta parte del commercio, dell'industria e degli stessi negozi civili.

90. — Il contratto di fideiussione intercede direttamente, come si disse, fra il fideiussore ed il creditore (1); per esso cioè il fideiussore si obbliga direttamente verso il creditore, e quindi se il debitore non paga egli è obbligato direttamente verso il creditore come se fosse debitore principale. Ma poichè la fideiussione è, per il suo contenuto, non un'obbligazione principale, ma un'obbligazione di *guarentigia*, presuppone l'obbligo del fideiussore di adempiere la prestazione soltanto

(1) Vedi *retro*, n. 59.

Digitized by Google

in via sussidiaria, ossia se essa non venga eseguita dal debitore (1).

b) — Il momento della esecuzione (beneficio di escussione).

SOMMARIO: 91. Esposizione della questione.

91. — Questo punto relativo all'obbligo del fideiussore di soddisfare l'obbligazione per il debitore inadempiente, esige un ulteriore esame. Il fideiussore cioè, nel caso di inadempienza per parte del debitore, è, *per la natura della sua obbligazione*, tenuto a soddisfare immediatamente il creditore; oppure può esigere che questi escuta prima il debitore principale?

Tale argomento viene svolto dai trattatisti nella parte relativa agli effetti della fideiussione, anzichè nella parte generale. Noi lo trattiamo invece in questa sede (riferendoci alla *Parte Speciale* per lo sviluppo degli altri principî relativi al beneficio di escussione), perchè la determinazione della natura e dei caratteri del nostro istituto, rimane incompleta e difettosa ove non si stabilisca prima se l'indole della fideiussione richieda la escussione preventiva del debitore principale, la quale modifica profondamente la posizione giuridica del fideiussore, ed è parte dell'elemento reale della fideiussione.

Assumeremo come punto di partenza di questa ricerca la storia del beneficio di escussione (Vorausklage).

I. — Diritto greco.

SOMMARIO: 92. Esclusione del beneficio di escussione.

92. — Per quanto è dato arguire dalle scarse fonti, pare che ad Atene il fideiussore non potesse invocare il beneficio di escussione, del quale non si trova alcuna traccia nei testi. Il fatto che molte iscrizioni menzionano il nome dei fideiussori di fianco a quello del debitore principale, sembra anzi un indizio che il creditore poteva agire contro il fideius-

(1) Vedi *retro*, n. 62.

Digitized by Google

sore per ciò solo che il debitore principale non adempiva i suoi obblighi (1), e ciò mediante l'azione chiamata δίκη ἐγγύης (2).

Però, secondo taluno, l'azione contro il fideiussore avrebbe dovuto essere preceduta da una specie d'atto stragiudiziale, col quale si sarebbe dovuto prima costituire in mora il debitore principale. Se non che non esistono prove di tale principio nel diritto attico. Sembra invece che si usasse di fare una intimazione di pagare allo stesso fideiussore prima di chiamarlo in giudizio (3).

II. — **Diritto romano.**

SOMMARIO: 93. Inesistenza del beneficio di escussione - La consumazione processuale. — 94. Attenuazione della consumazione processuale. — 95. « Beneficium excussionis ».

93. — Nel diritto romano antico la responsabilità del fideiussore era grave: egli era obbligato nella stessa linea e nello stesso grado del debitore principale, di guisa che il creditore aveva la facoltà di rivolgersi direttamente sia al fideiussore come al debitore principale (4). Per la qual cosa il fideiussore non si distingueva, sotto tale aspetto, dal debitore solidale (5).

S'aggiunga che, a cagione del principio della consumazione processuale (*bis de eadem re agi non potest*), il creditore si rivolgeva più facilmente contro il garante che doveva essere più sicuramente solvibile (6).

(1) BEAUCHET, *op. cit.*, p. 471; ACCARIAS, t. II, n. 568, ivi citato.

(2) TEOFRASTO, *Caratt.* 12. Vedi *retro*, n. 11.

(3) Vedi DEMOSTENE, *contro Apaturios*, §§ 25-26. Consulta BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. IV, p. 472-473, Paris, 1897.

(4) L. 4, 5, 19, C. *de fidej.*

(5) Confr.: HAURIOU, *Origine de la corréalité* (*Nouvelle Revue historique de droit.*, 1882, p. 223 e seg.); GÉRARDIN, *Étude sur la solidarité* (*Ivi*, 1884, p. 239 e seg.); FOURNIER, *Le cautionn. solidaire* (*Revue crit.*, XV, 1886, p. 697, n. 5).

(6) BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, cap. XIII, n. 1, p. 423-424.

Digitized by Google

94. — In appresso, e cioè dall' epoca della giurisprudenza classica, si cercò di rendere meno gravosa la posizione del fideiussore. Sorse, per tale ragione, il *fideiussor indemnitatis*, il quale faceva evitare la consumazione processuale perchè non era obbligato all'identica prestazione. In tale forma la consuetudine obbligò il creditore ad escutere prima il debitore principale (1). Oltre a ciò si ammise che il fideiussore potesse dare mandato al creditore di escutere il debitore principale; di guisa che se il creditore non otteneva da quest'ultimo il pagamento, consumava bensì l' azione del credito, ma aveva diritto di regresso in base al mandato. Nell'epoca romano-ellenica, scomparve il sentimento della consumazione assoluta, *iuris publici* per effetto della *litis contestatio*, e si usò di pattuirne la rinuncia, finchè Giustiniano non ebbe cancellato l'effetto consuntivo rispetto ai fideiussori (2).

95. — Con ciò rimase spianata la via a quella profonda riforma legislativa che avvenne nel diritto novissimo giustinianeo, allorquando, con la Novella 4, cap. I, fu introdotta la disposizione, nota col nome di *Beneficium excussionis sive ordinis* (3): « *Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit; sed veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit; et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat. Si vero non valuerit a debitore accipere, aut in partem aut in totum, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat et ab illo quod reliquum est sumat, et si quidem praesentes ei consistant ambo et principalis et intercessor et aut mandator aut sponsor hoc omni servetur modo.....* » (4).

(1) Bonfante, *op. loc. citt.*

(2) Bonfante, *op. loc. citt.*

(3) Vedi: Girtanner, *op. cit.*, p. 113 e seg.; 200 e seg.; 423 e seg,; Hasenbalg, p. 519 e seg.; 787 e seg.; Puchta, *op. cit.*, § 264; Dernburg, *op. cit.*, § 79; Vangerow, *op. cit.*, § 579; Baron, *op. cit.*, § 259, 3, p. 437-438; Brinz, *op. cit.*, § 256; Arndts-Serafini, *op. cit.*, § 355; Wendt, *op. cit.*, § 268; Windscheid, *op. cit.*, § 478; Stobbe, *op. cit.*, § 239, II, p. 370-372; Van Wetter, *op. cit.*, § 33, p. 182; Bonfante, *op. loc. citt.*

(4) Per le eccezioni al detto beneficio vedi la *Parte Speciale* di quest'opera.

Digitized by Google

III. — **Diritto barbarico e feudale.**

SOMMARIO: 96. Esclusione del beneficio di escussione. — 97. Influenze del diritto romano.

96. — Il diritto barbarico non ammetteva il beneficio di escussione, perocchè, essendo i fideiussori dati quasi come pegno in luogo della wadia, ed essendo il fideiussore di fronte al creditore come un debitore principale, il creditore, se il debitore non soddisfaceva il debito nè con la propria persona, nè coi suoi beni, poteva escutere a sua scelta sia il fideiussore come il debitore senza obbligo di chiedere preventivamente il pagamento a quest'ultimo (1).

Ma il fideiussore, invitato dal creditore a pagare, aveva il diritto di rivolgersi esso contro il vero debitore, di pignorarne i beni e di consegnarli al creditore per soddisfare il debito e liberare sè stesso (2).

97. — Nel diritto dell'epoca feudale, in cui gli obblighi del fideiussore semplice (*plèvine simple*) erano quasi altrettanto rigorosi come quelli del fideiussore debitore principale (*plèvine de dette*) (3), troviamo altre esclusioni del beneficio di escussione.

Il creditore non poteva agire contro il fideiussore semplice se non quando era scaduto il termine dell'obbligazione; ma, da questo momento, il creditore poteva agire direttamente contro il fideiussore senza obbligo di escutere preventivamente il debitore principale, siccome risulta da varie consuetudini. Così le antiche consuetudini di Tolosa (4), di

(1) Leggi di LIUTPRANDO, 108. Consulta: PERTILE, *Storia del diritto ital.*, IV, § 153; CALISSE, *Storia del diritto ital.*, vol. III, n. 213, p. 329-330; GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, § 22, p. 248. Vedi *retro*, n. 24.

(2) Leggi di LIUTPRANDO, 40, XI « Si quis alii homini wadia dederit et fideiussorem posuerit, et ipse fideiussor eum pigneraverit et pignera ipsa ad creditorem eius dederit, et postea ei ipse, cuius pignera fuerit, per virtutem tulerit, componat ipsa pignera in actogild ».

(3) Per queste due specie di garanzia e per la loro differenza vedi *retro*, n. 31.

(4) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 75 e 76.

Digitized by Google

Montpellier (1), e le consuetudini più recenti di Lille (2) e quelle del Ducato di Borgogna (3), o non riconoscono il beneficio di escussione o lo escludono espressamente.

Tuttavia la esclusione di tale beneficio non fu universale, perocchè taluni testi lo ammettono sotto l'ispirazione del diritto romano. Il che appare, ad es., nel *Livre des droiz et des commandemens* (4), e negli *Établissements de Saint Louis* (5).

Questi ultimi, che sono di data più antica, dimostrano la influenza palese della legislazione romana in quanto cominciano bensì a dichiarare che il creditore può, a sua scelta, rivolgersi sia al fideiussore come al debitore principale « selon l'usage d'Orlenois »; ma soggiungono che il creditore deve rivolgersi al debitore, avanti di rivolgersi al fideiussore, soprattutto quando il debitore può pagare e si trova sul luogo, e ciò « suivant le droit écrit au Code, au titre des cautions, en la loi qui commence par *non rates* et en l'authentique *Praesente* » (6). E dal *Grand Coutumier de Normandie*, quantunque esso non senta ancora l'influenza romana, risulta che il fideiussore poteva chiamare in giudizio il debitore principale, affinchè questi riconoscesse il debito e lo pagasse; ed il fideiussore era obbligato a pagare e a fornire pegni soltanto se il pagamento non poteva esser fatto dal debitore (7).

IV. — **Legislazioni statutarie italiane.**

SOMMARIO: 98-102. Esclusioni e ammissioni del beneficio di escussione.

98. — Accanto a parecchi Statuti che espressamente ammisero il beneficio di escussione, per l'influenza del diritto romano (8), altri Statuti e alcune consuetudini esplicitamente lo esclusero, per l'influenza germanica.

(1) *Ancienne coutume de Montpellier*, art. 72.
(2) *Coutume de Lille*, art. 143.
(3) *Coutume du duché de Bourgogne*, chap. V, art. 3.
(4) *Livre des droix et des commandemens*, t. II, n. 620, p. 123.
(5) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 122.
(6) *Idem*. Consulta: GLASSON, *op. cit.*, IV, p. 652-653.
(7) *Grand Coutumier de Normandie*, ed. cit., chap. 60 et 89, p. 144 e 203.
(8) Fra questi citiamo gli Statuti di Parma, 1255, p. 236; di Modena, 1327, III, 27, e gli *Stat. ant. Paduae*, c. 509, menzionati dal PERTILE, *Storia del dir. it.*, IV, § 153, note 58 e 59.

Digitized by Google

Così per gli Statuti di Roma del secolo XIV (1) « si aliquis tamquam fideiuxor alterius convenitur non audiatur si opponat nove constitutionis beneficium, etiam si dicto beneficio non renunctiaverit tacite vel expresse ».

99. — Anche nel diritto consuetudinario lombardo si trovano esempi di usanze che consentono l'azione contro il fideiussore senza che questi possa invocare il beneficio di escussione. Tale regola longobardica è pure mantenuta a Pisa in entrambi i costituti della legge e dell'uso, e si trova applicata anche a Girgenti per consuetudine, la quale fu modificata soltanto nel 1319 nel senso romano che ammetteva il detto beneficio (2).

100. — Gli Statuti di Bergamo del secolo XIII esigevano espressamente l'escussione preventiva del debitore principale; invece le consuetudini più antiche seguivano il principio della esclusione di tale beneficio, e gli Statuti del 1331 confermarono tale principio. Ma questa usanza fu nuovamente abrogata nel 1333. Nelle compilazioni successive i fideiussori ebbero il beneficio, ma le formalità necessarie per considerare escusso il debitore principale si ridussero a una citazione pubblica di tutti coloro che ne conoscessero i beni, col termine di tre giorni, e alla mancanza d'ogni denunciante (3).

101. — Gli Statuti di Brescia (4) seguono invece la regola romana del beneficio. E dichiarano che la rinuncia ad esso deve essere espressa, e non s'intende compresa nella rinuncia al *beneficium novae constitutionis* se insieme con questa non si fa menzione anche degli Statuti municipali. Una consuetudine posteriore riconosce che la rinuncia esplicita agli Statuti comprende anche i privilegi accordati dal diritto romano.

102. — È probabile che secondo le consuetudini e gli Statuti di Milano il beneficio di escussione fosse ammesso, quantunque i testi non siano molto espliciti su tale punto (5).

(1) *Statuti della città di Roma del secolo* XIV, pubblicati da C. RE, Roma, 1883, lib. I, 11, p. 9-10. Confr. Statuti di Arezzo, lib. II, rubr. 33.

(2) LATTES, *Il dir. consuet. delle città lombarde*, Milano, 1899, § 27, p. 199.

(3) LATTES, *op. cit.*, § 27, p. 199-200.

(4) *Statuti di Brescia*, 1277, VI, 54, an. 1210 MHP.; 1313, III, 133; 1385 civ. 138; 1429 f. 146; 1470 civ. 132. Vedi LATTES, *op. cit.*, § 27, p. 200.

(5) Vedi il *Liber consuetudinum Mediolani anni MCCXVI* (curante Fr. Berlan, Milano, 1866) e gli Statuti del 1396.

Digitized by Google

Infatti una deliberazione speciale del Consiglio di Provvisione (1) che accordò espressamente il beneficio d'escussione per debiti privati, fu confermata nel 1346 e poi ancora con decreto del 1368 « quasichè in pratica il beneficio si accettasse con difficoltà e forse vigesse anche a Milano la regola germanica fino ai primi anni del secolo XIV » (2).

V. — **Diritto francese anteriore alla codificazione.**

SOMMARIO: 103. Tarda ammissione del beneficio.

103. — Pare che in Francia il beneficio di escussione siasi introdotto tardi nel diritto anteriore al Codice, poichè gli scrittori antichi non ne fanno cenno (3). Entrò tuttavia nel diritto civile sia in Francia, come nel Belgio, tranne la consuetudine di Lussemburgo, che non lo ammetteva (4). Ma il fideiussore poteva rinunciare al beneficio, e pare che tali rinuncie fossero frequenti (5).

VI. — **Legislazioni moderne.**

SOMMARIO: 104-106. Legislazioni civili. — 107. Legislazioni commerciali.

104. — Variamente regolata questa escussione preventiva si trova in quasi tutte le legislazioni civili odierne: Codice civ. franc., art. 2021; ital., art. 1907, coi cessati Codici sardo, art. 2057; delle Due Sicilie, art. 1893; parmense, art. 2050; estense, art. 2037; e i vigenti Codici: portoghese, art. 830; spagnuolo, art. 1830; olandese, art. 1868; austriaco, § 1355; federale svizzero delle obbligazioni, art. 493; Cod. civ. ger-

(1) Citata dal LATTES, *op. cit.*, § 27, p. 201. Vedi anche quanto dice su ciò il CARPANO citato nella edizione degli *Statuti di Milano volgarizzati* con note e spiegazioni di un Anonimo, Milano, 1773, nota 6 a pag. 238.

(2) LATTES, *op. loc. citt.*

(3) GUILLOUARD, *Traités du cautionnement et des transactions*, deuxième édit., Paris, 1895, n. 114, p. 129.

(4) LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. 28, n. 204; Consiglio di Stato, decreto 8 maggio 1823 (DALLOZ, *Rep.* voce *Cautionnement*, n. 172).

(5) POTHIER, n. 409-411.

Digitized by Google

manico, § 771 (1); (confronta Cod. prussiano, § 283, 297 e Codice bavarese, § 11); musulmano, art. 947; giapponese, art. 452, 453; del Perù (2); del Chilì, art. 2357; messicano, art. 1841; columbiano, art. 2383; del Venezuela (3); dell'Uraguay, art. 2078; della Luigiana, art. 3014; della Repubblica di Guatemala, art. 2227, n. 1; argentino, art. 2012.

Per il Codice del Montenegro, art. 457, la regola « chi garantisce paga » è intesa nel senso che il fideiussore se non è diversamente convenuto (art. 894) (4), paga soltanto se il debitore non paga, o paga solamente ciò che questi non paga, dietro la domanda del creditore.

105. — Nel diritto russo il beneficio di escussione è ammesso in massima, anche secondo il Codice baltico (4517-4523), con modalità differenti da quelle che vigono nel diritto francese (5).

Ma nei Governi di Tchernigof e di Poltava, in virtù di antiche disposizioni dello Statuto lituano (VII, 18; I, 27; X, 5), confermate nel 1842 dal Consiglio dell'Impero, il fideiussore, anche in mancanza d'una dichiarazione d'insolvibilità del debitore, non gode del beneficio di escussione se nell'atto si è vincolato a pagare nel caso di inesecuzione dell'obbligazione principale alla scadenza (6).

106. — Non va poi taciuto che per la legislazione attuale della Repubblica di S. Marino (*Stat.*, n. 234) il creditore non

(1) Consulta: Gerhard von Buchka, *op. cit.*, § 21, p. 143; Müller und Meikel, § 147, p. 394-398; Gertmann, *op. cit.*, § 771, p. 497; Endemann, *Lehrb. des bürgerl. Rechts*, Berlin, 1899, I, § 191; Enneccerus und Lehmann, *op. cit.*, § 325, p. 696-698.

(2) *Code civil Péruvien*, résumé par Raoul De La Grasserie, Paris, 1896, p. 212-214.

(3) *Code civil du Vénézuela*, par Raoul De La Grasserie, Paris, 1897, pag. 210.

(4) *Codice del Montenegro*, art. 894: « Il fideiussore non paga immediatamente dopo la scadenza in luogo del debitore che non paga, se non nel caso in cui vi sia convenzione espressa a questo riguardo, o se il fideiussore si è obbligato solidariamente col debitore. Altrimenti il pagamento non è esigibile che conformemente alle disposizioni della legge ».

(5) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, n. 1369, p. 449-450; n. 1370, p. 450 e n. 1371, p. 451. Per i particolari vedi la *Parte Speciale*.

(6) Lehr, *op. cit.*, n. 1375, p. 452.

Digitized by Google

è tenuto ad escutere il debitore principale prima del fideiussore, tranne che siasi pattuito il contrario (1). E così ad es. il venditore di bestiame non è obbligato a escutere il compratore prima del fideiussore, se questi non ha espressamente dichiarato di prestare sicurtà sussidiaria, cioè di non voler essere obbligato a pagare senza che il venditore abbia preventivamente escusso il debitore principale e ottenuto dal tribunale un certificato di carenza (2). Se però il venditore non è in tutto o in parte soddisfatto nel termine convenuto, deve avvertirne il fideiussore entro dieci giorni da quello della mora, dopo di che ha diritto di esigere dal fideiussore medesimo il prezzo totale o residuo delle bestie vendute (3).

Anche il Codice del Cantone di Berna abbandonando il principio seguìto dalle citate legislazioni, negava esplicitamente al fideiussore il beneficio di escussione « celui qui se rend caution est solidaire avec le débiteur pour le payement de la dette » (art. 910) e « il faut une stipulation expresse pour que le créancier discute d'abord le débiteur » (art. 912).

107. — Fra i Codici commerciali vigenti esclude espressamente chi ha prestato fideiussione commerciale dal beneficio di escussione, a cagione del maggior rigore inerente all'esecuzione delle obbligazioni, il Cod. argentino (art. 480) (4). Il Codice germanico (art. 349) esclude dal detto beneficio « il fideiussore per il quale la fideiussione costituisce un atto di commercio ».

In generale poi il beneficio in discorso è escluso per le materie commerciali da quelle legislazioni civili che dichiarano escluso dal beneficio chi siasi obbligato in solido col debitore, mentre per il combinato disposto delle corrispondenti leggi commerciali il fideiussore, benchè non commerciante, si presume obbligato in solido se garantisce una

(1) Giud. d'app. 12 agosto 1876; commissario della legge 12 novembre 1867; 24 settembre 1877.

(2) Regolam. pei contratti del bestiame, art. 6. Vedi Ramponi, *La legislazione attuale della Repubblica di S. Marino*, n. 30, p. 37.

(3) Regolam. cit., art. 7; Ramponi, *loc. cit.*

(4) « La caution ou les cautions sont responsables solidairement comme le débiteur principal, sans pouvoir invoquer les bénéfices de division ni de discussion qui ne sont jamais admis en matière commerciale » (*Traduz. cit.*).

Digitized by Google

obbligazione commerciale, salva convenzione contraria (Codice civ. it., art. 1907; Cod. comm. it., art. 40 (1).

VII. — **Critica del beneficio d'escussione.**

SOMMARIO: 108-111. Argomenti contrari al beneficio come principio presuntivo. — 112-115. Confutazione degli argomenti avversarii. — 116. Il sistema del diritto barbarico. — 117. Conclusione.

108. — Noi crediamo che il beneficio d'escussione, se assunto al grado di principio presuntivo della volontà dei contraenti, sia contrario all'essenza della fideiussione nonchè alle odierne esigenze delle contrattazioni (2).

All'essenza della fideiussione, poichè, secondo i principî, il fideiussore si obbliga a eseguire l'obbligazione *qualora il debitore non l'adempia egli stesso*; per la qual cosa, mancato il pagamento in scadenza, il fideiussore dovrebbe essere obbligato a soddisfare il debito, senza che potesse esigere dal creditore una preventiva escussione dei beni del debitore. Altrimenti si dovrebbe, per essere esatti, modificare il concetto dottrinale e legislativo della fideiussione nel senso che il fideiussore si vincola a soddisfare l'obbligazione non già « qualora il debitore non la soddisfaccia », ma « in quanto riesca infruttuosa l'escussione sopra i beni del debitore stesso ». Il fideiussore è, in sostanza, un debitore puro e semplice e il creditore dovrebbe avere facoltà di agire, alla scadenza, sia contro lui come contro il debitore, scegliendo fra essi. Come l'obbligazione dev'essere eseguita dal debitore alla scadenza, l'obbligo a ciò relativo dovrebb'essere eguale per il fideiussore, tranne patto contrario di preventiva escussione del debitore. Nulla rileva che il fideiussore non sia obbligato come un debitore solidale; perocchè, anche senza il beneficio d'escussione, l'obbligazione fideiussoria ha natura e

(1) Per i particolari vedi la *Parte Speciale* di quest'opera.

(2) Quasi tutti gli autori cercano invece di giustificare il beneficio di escussione, pur riconoscendo che costituisce una deroga ai principii. Vedi però le riserve parziali del LAURENT, vol. XXVIII, n. 204, per il caso in cui la fideiussione sia assunta a titolo oneroso.

Digitized by Google

caratteri distinti da quelli proprii dell'obbligazione del condebitore in solido (1).

109. — Non è esatta l'affermazione che il beneficio di escussione è di essenza della fideiussione, perchè questa, potendo essere limitata, la facoltà data al fideiussore è appunto un limite di essa (2). Il principio per cui la fideiussione *può* essere limitata non significa affatto che essa *deve* essere limitata per legge; mentre la legge, concedendo al fideiussore il beneficio in discorso, si è sostituita senza ragione alla volontà delle parti, alle quali soltanto dovrebbe spettare di limitare la fideiussione mediante un patto espresso relativo all'escussione preventiva. Pertanto il beneficio di escussione non solo è fuori del diritto contrattuale della fideiussione, ma è contrario ad esso essendo che, tranne patto contrario, il creditore avrebbe, per l'essenza della fideiussione, un vero diritto, nascente dal contratto, di agire contro il fideiussore senza escutere prima il debitore inadempiente. Chi afferma che il creditore non può scegliere tra fideiussore e debitore e non ha per ciò diritto di escutere senz'altro il fideiussore perchè questi può invocare il beneficio di escussione, cade in una petizione di principio, perchè in sostanza così si afferma che ciò avviene perchè la legge vuole così.

110. — Quando le parti rafforzano il credito, aggiungendo all'obbligazione principale un'altra connessa, tendono, presumibilmente, a garantire il creditore non solo contro la insolvibilità *assoluta* del debitore alla scadenza, ma altresì contro l'insolvibilità *relativa* consistente nella mancanza di pagamento in scadenza. Infatti la sicurezza della esigibilità di una obbligazione, il rigore nel suo adempimento sono parte del valore economico di essa; di guisa che, supposto, come dicemmo, che l'intervento del fideiussore faccia crescere in ragione del doppio il valore del credito assicurato, in rapporto alla sua esigibilità (qualora sia escluso il beneficio di escussione), tale valore aumenta in una ragione inferiore ove

(1) Vedi *ultra* in questa stessa *Parte Generale*.

(2) Così erroneamente argomenta il Galdi, n. 66, p. 72, il quale perciò è tratto a dire che la facoltà di esigere la escussione preventiva è non un *beneficio*, ma un diritto.

Digitized by Google

il fideiussore possa valersi del detto beneficio. Per le esigenze degli affari non basta adunque che i crediti possano essere garantiti; ma occorre inoltre che le garanzie siano, almeno virtualmente, di immediata efficacia. E la fideiussione cessa di costituire una guarentigia immediatamente efficace se, quando il creditore non soddisfatto alla scadenza si rivolge al fideiussore, questi può rinviarlo al debitore.

111. — La legge stessa esclude il beneficio di escussione se il fideiussore siasi obbligato in solido col debitore, e per conseguenza lo esclude anche nel caso in cui la fideiussione sia commerciale, essendo che le obbligazioni commerciali si presumono contratte in solido (1). Ma non v'è ragione per distinguere, *sotto questo aspetto*, tra la fideiussione semplice e la solidale, e la fideiussione civile e la commerciale; perocchè valgono per tutte queste specie di fideiussione le ragioni esposte contro l'adozione, *de lege ferenda*, del detto beneficio posto quale norma di diritto presuntivo.

112. — Gli stessi legislatori francesi, che introdussero l'eccezione nel Codice napoleonico dovettero confessare che la deroga ai principî esiste e addussero per giustificarla ragioni fondate, a loro avviso, sull'equità.

Nel rigore del diritto, disse Chabot nella sua relazione al Tribunato, il creditore potrebbe agire contro il fideiussore dal momento in cui il debitore è in mora, poichè egli si è vincolato ad eseguire l'obbligazione principale nel caso in cui il debitore non l'eseguisse egli stesso. Ma perchè il creditore sarà dispensato da ogni escussione contro un debitore, che presenti dei mezzi di solvenza, e che egli possa facilmente costringere all'esecuzione? Il principale obbligato non è liberato colla fideiussione; è con lui che il creditore ha dapprima trattato. Perchè non deve egli essere escusso pel primo? Non è d'altronde presumibile, tranne che vi sia convenzione contraria, che il fideiussore ha avuto l'intenzione di obbligarsi a pagare soltanto nel caso in cui il debitore non sia più in grado di pagare egli stesso? E questa obbligazione non basta per la sicurezza del creditore? Non bisogna trattare con qualche favore la fideiussione, che è un atto di bene-

(1) Vedi la *Parte Speciale*.

Digitized by Google

ficenza, purchè alla fine il creditore trovi garanzia intera? .....Il creditore non può lagnarsi in alcun caso, poichè egli è stato libero di accettare il fideiussore soltanto a condizione che rinunciasse al beneficio di escussione o che si obbligasse solidariamente col debitore, e che allora egli avrebbe il diritto di agire direttamente contro lui come contro un debitore solidario; ma se egli ha accettato il fideiussore in modo puro e semplice, egli ha volontariamente consentito ad escutere il principale debitore: *volenti non fit iniuria* (1).

113. — Rispondiamo: 1° che se, alla scadenza, il debitore principale non paga, nulla importa che egli abbia mezzi di solvenza, perocchè la fideiussione non si contrae soltanto per il caso che il debitore *non possa* pagare, ma altresì per il caso che *non voglia* pagare; 2° se il debitore principale non è liberato dalla fideiussione, ciò significa soltanto che il debito, in ultimo, dovrà essere soddisfatto da lui, in forza del regresso e della surrogazione spettanti al fideiussore che ha pagato; 3° se il fideiussore intende di obbligarsi a pagare soltanto nel caso in cui il debitore principale non sia in grado di pagare egli stesso, è libero di dichiararlo, ed allora, se il creditore accetta, si ha per il fideiussore un vero *diritto contrattuale*, per il quale non occorrerebbe invocare l'equità; mentre se le parti contraenti hanno taciuto su tale condizione, è logico presumere che il fideiussore si è obbligato a pagare, senz'altro, alla scadenza, se il debitore non può o non vuole pagare, essendo questa la natura della fideiussione; 4° quanto al riguardo che si afferma essere dovuto al fideiussore, perchè fa un atto di beneficenza, si osserva che la fideiussione non è gratuita *nella sua essenza*, sicchè può farsi a titolo oneroso, nel qual caso la considerazione avversaria perde ogni valore. Perocchè se il fideiussore si è obbligato dietro un compenso, non è punto vero quanto fu sostenuto (2), che, per equità, il creditore debba prima rivolgersi al vero debitore; l'equità, in questo caso, vuole

(1) Si fondarono sull'equità anche: Treilhard, *Esposizione dei motivi*, n. 11 (Locré, t. VII, p. 417) e Lahary, l'oratore del Tribunato, *Discorso*, n. 16 (Id., p. 441).

(2) Guillouard, n. 116, p. 131.

Digitized by Google

che il creditore possa esigere il pagamento immediato da chi, per garantirlo, riceve un compenso; 5° l'equità invocata a favore del fideiussore può invocarsi anche per il creditore, poichè questi, con la fideiussione, ha voluto assicurarsi il puntuale pagamento del suo credito e non è equo -- scaduto che sia e non soddisfatto il debito — costringerlo ad aspettare tutto il tempo necessario per agire contro il debitore e per vendere, ove occorra, i suoi beni (poichè in questo consiste l'escussione), e riservargli l'azione contro il garante soltanto per il caso in cui l'escussione sia riuscita insufficiente ad estinguere tutto il credito; 6° l'ultimo argomento di Chabot può ritorcersi, poichè se è libero il creditore di accettare il fideiussore soltanto a condizione che rinunci al beneficio d'escussione o che si obblighi in solido col debitore, è altrettanto libero il fideiussore di accettare la fideiussione soltanto col patto che il creditore escuta il debitore prima di lui, mentre, se egli si obbliga senza tale patto, è tenuto, per la stessa natura dell'obbligazione fideiussoria, a pagare lui stesso se alla scadenza il debitore non ha soddisfatto l'obbligo suo.

114. — Non è poi esatto l'argomento, accolto da taluno (1), che il creditore non abbia interesse di essere pagato dal fideiussore piuttosto che dal debitore, perchè gli debba bastare d'essere pagato ed è più equo che sia pagato dal debitore reale. Il creditore, al contrario, può avere delle serie ragioni per rivolgersi al fideiussore anzichè al debitore, come nel caso in cui preveda che l'escussione del fideiussore riuscirà più rapida e fruttuosa di quella del debitore principale. E se è giusto ed equo, in massima, che il debito sia pagato dal debitore reale, alla scadenza, è altrettanto giusto ed equo che, ove il debitore principale non lo estingua alla scadenza stessa, il creditore possa esigerlo dal debitore sussidiario, che è intervenuto appunto per pagare nella eventualità di una mancanza di pagamento in scadenza, da parte del principale obbligato.

115. — Nel seno della Commissione nominata dal Governo belga per la legge 11 giugno 1874 sulle assicurazioni

(1) Guillouard, n. 116, p. 130.

Digitized by Google

terrestri, discutendosi il beneficio di escussione accordato dall'art. 6 all'assicuratore della solvibilità del debitore, fu affermato dai fautori di tale beneficio che l'insolvibilità del debitore non può constatarsi efficacemente che per via della escussione (1). Verissimo; ma conviene ricordare che nel nostro caso il fideiussore interviene per garantire il pagamento, e che la mancanza di pagamento, potendo essere indipendente dalla solvibilità del debitore, è logico che il fideiussore debba estinguere l'obbligazione non soddisfatta in scadenza, ancorchè non sia accertata l'insolvibilità anzidetta, poichè egli garantisce non solo contro l'eventualità del debitore che *non può* pagare, ma anche contro l'eventualità del debitore che *non vuole* pagare.

Fu anche detto nel seno della nominata Commissione (2) e ripetuto nella seconda lettura del progetto di Cod. civ. germanico (3), che l'escussione è il solo mezzo sicuro per constatare la realtà del credito, perchè il debitore può avere delle ragioni serie per non pagare, delle eccezioni da opporre. Rispondiamo che, a termini di legge, il fideiussore può conoscere facilmente dallo stesso debitore le ragioni competenti a questo verso il creditore, senza che sia a tale scopo necessario un preventivo procedimento del creditore contro il debitore. Egli può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore e che sono inerenti al debito, e anche quelle che non siano puramente personali al debitore (Cod. it., art. 1927). Non è dunque a temersi che la realtà del credito non possa essere constatata dal fideiussore.

Non ha poi un serio valore l'obbiezione fatta nella seconda lettura del citato Codice civile germanico, secondo la quale, avendo il fideiussore, di regola, buone relazioni col debitore, sarebbe impolitico il costringerlo ad agire contro il debitore, dopo che egli avesse soddisfatto il creditore; per modo che è più giusto che il creditore assuma sopra sè stesso l'odio-

(1) Begerem et De Baets, *Traité des assurances terrestres*, n. 181. Confr., per il Codice germanico, *Protokolle*, ecc. II, p. 470.

(2) Ivi.

(3) *Protokolle*, ecc., II, p. 470.

Digitized by Google

sità del procedimento (1). Questo concetto dell' odiosità dell'azione che il fideiussore, il quale ha pagato, può esercitare contro il debitore, è assurdo: il debitore sa, fin da principio, che se egli lascierà pagare il debito dal fideiussore, sarà esposto all'azione del fideiussore stesso; sicchè non è il caso di dire essere impolitico il costringere il fideiussore ad agire contro il debitore. Risale, infatti, a quest' ultimo, che non ha pagato alla scadenza, la causa determinante l'azione del fideiussore.

Fu pure obbiettato che la disposizione relativa al beneficio d'escussione, benchè derivata dal diritto romano, è penetrata profondamente nella vita del popolo (2). Ma la frequenza delle rinuncie al detto beneficio e la necessità in cui si sono trovati gli stessi legislatori odierni, compresi i germanici, di circondare la regola del beneficio, di eccezioni numerose e gravi (3), contraddicono alla riferita affermazione.

Non è poi accettabile per la fideiussione la proposta fatta da qualche membro della nominata Commissione belga, sempre per la materia delle assicurazioni contro l'insolvibilità, di rimettere ai tribunali la decisione, da pronunciarsi di volta in volta, sulla convenienza della escussione. L'esercizio di una facoltà che modifica notevolmente i rapporti tra il creditore ed il fideiussore e fra questi due e il debitore non deve essere abbandonato all'arbitrio — sia pure prudentissimo — della autorità giudiziaria. Le parti stesse, e, nel loro silenzio, la legge, devono regolare tale facoltà.

116. — Non crediamo, da ultimo, degno di imitazione, in diritto odierno, l'esposto sistema del diritto barbarico, pel quale il fideiussore invitato a pagare poteva agire esso contro il debitore principale e pagare coi beni di questi il creditore. Il fideiussore funziona in tal modo come un intermediario; ma ciò, in luogo di procurare al creditore un più pronto soddisfacimento, può al contrario ostacolare e ritardare l'estinzione del debito, qualora i beni del debitore principale siano

(1) *Protokolle*, ecc., p. 470.
(2) *Protokolle*, ecc., *loc. cit.*
(3) Vedi la *Parte Speciale* della presente opera.

Digitized by Google

insufficienti a estinguere l'intero debito, e il creditore si trovi poi costretto a sperimentare una seconda azione, per la differenza, contro il fideiussore.

117. — E noi concludiamo che, nel silenzio del contratto, la legge dovrebbe obbligare il fideiussore a pagare se, alla scadenza, il debitore principale sia inadempiente (salve le legittime eccezioni opponibili dal fideiussore stesso); e che la preventiva escussione del debitore dovrebbe ammettersi solo quando venisse espressamente pattuita.

Non ci distoglie dalla nostra opinione il fatto storico che, mentre nei tempi più antichi, il beneficio di escussione non esisteva, più tardi fu ammesso.

In primo luogo osserviamo che anche dopo la sua introduzione nel diritto romano, tale beneficio, come s'è veduto, non fu accolto *da tutte* le legislazioni (1).

In secondo luogo osserviamo che il detto beneficio deve aver avuto la ragione d'essere nelle peculiari condizioni ed esigenze dei tempi in cui sorse ed ebbe vigore; sicchè, storicamente, ha la sua giustificazione. Ma oggidì, sopraggiunte altre condizioni ed altre esigenze, esso deve cedere il posto ad un'azione creditoria più rapida e più efficace.

Sezione II.

Caratteri naturali.

Sommario: 118. Partizione.

118. — I caratteri *naturali* della fideiussione, ossia quelli che non sono inseparabili dalla sua esistenza, sono:

a) la gratuità;

b) la unilateralità;

c) la natura civile del rapporto accessorio.

(1) Vedi *retro*, n. 106.

Digitized by Google

§ 1.
La gratuità.

SOMMARIO: 119. Carattere non essenziale della gratuità. — 120. Diritti dei creditori del fideiussore.

119. — Ordinariamente la fideiussione ha luogo a titolo gratuito, poichè il fideiussore, per lo più, rende un servizio al debitore, e, talvolta, al creditore, senza ricevere alcun compenso.

Ma se la fideiussione è, *per sua natura*, un contratto a titolo gratuito, non è però tale *per sua essenza*; di modo che il fideiussore può pattuire, o col debitore o col creditore, un compenso al servizio che rende e al rischio che corre obbligandosi a pagare senza la certezza di ottenere dal debitore il rimborso di quanto avrà pagato per lui (1). La qual cosa può anche agevolare al debitore la ricerca di chi voglia garantirlo.

La fideiussione pertanto può essere sia un contratto oneroso come gratuito (2). E mentre quasi tutti i Codici tacciono circa tale principio, meritano approvazione il Codice spagnuolo (art. 1823) e il Codice dell' Uraguay (art. 2065), che dichiarano espressamente « la fideiussione può essere... gratuita o a titolo oneroso ». Diversi in ciò dal Codice civile columbiano (art. 2367) e dal Cod. comm. chileno (art. 821) che contemplano soltanto il caso di un compenso pattuito col debitore e dichiarano che il fideiussore può stipulare col

(1) SCACCIA, in TROPLONG, n. 15; CORSI, p. 6; GALDI, *op. cit.*, p. 11-12; e Cass. di Roma, 25 aprile 1878, ivi citata; GUILLOUARD, n. 22, p. 25-26; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des contrats aléatoires du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Paris, 1899, n. 1006, p. 492, con gli altri autori ivi citati.

(2) È estranea al presente lavoro la ricerca se la fideiussione assunta dal fallito debba considerarsi atto a titolo gratuito od oneroso. La giurisprudenza ritiene che la fideiussione, specialmente se commerciale, è atto a titolo oneroso, sia nei rapporti fra debitore e fideiussore, sia, e maggiormente, in quelli tra fideiussore e creditore. Quindi se sia assunta dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti non può comprendersi fra gli atti nulli di cui all'art. 707, n. 1, Cod. comm. it., ma bensì fra gli atti di cui parla l'art. 709, n. 1, Cod. citato. Vedi App. Venezia, 2 agosto 1894 (*Temi Ven.*, 1894, 600); App. Genova, 31 dicembre 1891 (*Foro it.*, 1892, I, 537); Cass. Torino, 23 settembre 1892 (*Giur. Tor.*, 1892, 757). Per la questione se, pattuito un compenso col creditore, la fideiussione degeneri in contratto di assicurazione, vedi *ultra*.

Digitized by Google

debitore una rimunerazione pecuniaria per il servigio che gli presta; e diversi pure dal Codice musulmano (art. 954) per il quale è nullo il contratto di fideiussione che stipula un beneficio qualsiasi a favore del fideiussore.

120. — L'essere la fideiussione assunta a titolo oneroso oppure gratuito è circostanza decisiva per risolvere la questione se volendo i creditori del fideiussore impugnare il contratto per frode alle loro ragioni, a norma dell' art. 1235 Cod. civ. ital., debbano o non debbano dimostrare che la frode esistè in entrambi i contraenti (creditore e fideiussore).

È noto che, per il citato articolo, se l'atto è a titolo oneroso la frode deve risultare dal canto di ambedue i contraenti; se è a titolo gratuito, è sufficiente che la frode sia intervenuta per parte del debitore (nel caso nostro: il fideiussore).

Posto ciò, la questione va risolta a norma dei principî sopra esposti circa l'onerosità e la gratuità della fideiussione, per modo che i creditori del fideiussore saranno obbligati di provare la frode anche da parte del creditore garantito, nel solo caso che risulti essersi il fideiussore vincolato verso il creditore stesso a titolo oneroso, ossia mediante un compenso pattuito col medesimo (1).

§ 2.

La unilateralità.

SOMMARIO: 121-123. Distinzione tra la fideiussione gratuita o l'onerosa.

121. — La fideiussione è un contratto sinallagmatico o unilaterale?

Conviene notare anzitutto che per determinare il carattere di questo contratto non si deve prendere in considerazione i rapporti intercedenti fra debitore e mallevadore, perocchè la fideiussione ha luogo principalmente fra il creditore e il fideiussore, avendo lo scopo di procurare al primo una garanzia. Da ciò gli autori inferiscono che essa è un contratto unila-

(1) Confronta MIRABELLI, *op. cit.*, n. 5, p. 396. Confr. anche LAURENT, XXVIII, n. 125. Per una fatti specie confronta Cass. franc., 13 marzo 1854 (DALLOZ, 1854, 1248).

Digitized by Google

terale, poichè non si contrae altra obbligazione se non quella del fideiussore: il creditore non s'impegna a nulla (1).

Malgrado questo autorevole accordo nel ritenere, in maniera assoluta, che la fideiussione è un contratto unilaterale, noi crediamo che si debba distinguere il caso in cui il creditore non si obbliga a dare alcun compenso al fideiussore, dal caso in cui il creditore stesso si obblighi ad un corrispettivo per la promessa garanzia, e dal caso in cui il creditore si obblighi verso il fideiussore a concedere determinati vantaggi al debitore principale.

122. — Nella prima ipotesi è indiscutibile che la fideiussione è un contratto unilaterale. È ben vero che in seguito all'adempimento della garanzia il fideiussore avrà azione verso il debitore per l'eseguito pagamento; ma questa obbligazione eventuale del debitore non nasce dal contratto di fideiussione, bensì dal contratto di mandato o da quello di gestione d'affari, e in base al *pagamento* eseguito dal fideiussore (2).

Ma allorquando il creditore si obbliga a dare al fideiussore un corrispettivo, non vediamo ragioni per escludere la bilateralità dell'obbligazione, mentre è noto essere bilaterale l'accordo col quale i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri (Cod. civ. it., art. 1099). Qui l'obbligo del creditore verso il fideiussore nasce direttamente dal contratto di fideiussione, del quale, nell' intenzione delle parti, forma una condizione: il fideiussore si obbliga a garantire il debito principale, e, in compenso, il creditore si obbliga a dargli un corrispettivo. L'accordo è adunque sinallagmatico (3).

Nè rileva il fatto che la legge nel dare il concetto della fideiussione, parli soltanto dell'obbligo del fideiussore, perocchè la fideiussione potendo aver luogo sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso (4), era logico che il legislatore non facesse menzione dell'obbligo del creditore, relativo al compenso.

(1) Troplong, *op. cit.*, n. 18; Laurent, *op. cit.*, n. 126; Guillouard, *op. cit.*, n. 7, p. 11; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil. — Des contrats aléatoires du mandat, du cautionnement, de la transaction*, n. 913, p. 441, Paris, 1899. Confr.: Geib, *op. cit.*, § 11, p. 180.

(2) Vedi la *Parte Speciale*.

(3) Confr. Galdi, *op. cit.*, p. 15.

(4) Vedi *retro*, n. 119.

Digitized by Google

È ben vero che l'obbligo del creditore di fornire questo compenso, potendo essere pattuito per il solo caso in cui il fideiussore debba soddisfare lui stesso l'obbligazione principale, avrà effetto, in tal caso, posteriormente al contratto di fideiussione; ma quell'obbligo, anche nella detta ipotesi, nasce tuttavia direttamente da tale contratto, non dovendosi confondere la fonte di un obbligo col momento in cui esso avrà effetto.

123. — La fideiussione è poi contratto sinallagmatico anche in un altro caso, e cioè allorquando, in corrispettivo della garanzia, il fideiussore ottenga dal creditore, in favore del debitore, qualche vantaggio o qualche attenuazione al rigore della primitiva obbligazione principale, come un periodo più lungo per il pagamento, o una diminuzione nel tasso dell'interesse.

Lo stesso Guillouard (1), che vedemmo fissare il principio della unilateralità, ammette, e giustamente, che in questo caso la convenzione comprende due vincoli, che nascono al momento del contratto: il vincolo del fideiussore di fronte al creditore e il vincolo del creditore di fronte al fideiussore di alleviare gli obblighi del debitore principale. Questi due vincoli sono la condizione l'uno dell'altro; il che caratterizza il contratto bilaterale (2).

Concludendo: la fideiussione è, per lo più, contratto unilaterale, poichè, di regola, il creditore, nella realtà delle contrattazioni, non si obbliga quasi mai a nulla verso il fideiussore; ma questa unilateralità non è carattere necessario di tale convenzione, la quale può anche essere bilaterale.

§ 3.
La natura civile o commerciale.

Sommario: 124. Interesse della distinzione.

124. — Interessa di sapere quando la fideiussione è commerciale e quando è civile attese le notevoli differenze esistenti tra l'una e l'altra, principalmente in rapporto ai

(1) *Op. cit.*, n. 8, p. 12.
(2) Guillouard, *loc. cit.*, con la sentenza e gli autori ivi citati in nota 3.

Digitized by Google

mezzi di prova, alla gratuità od onerosità del vincolo, ed alla solidarietà tra fideiussore e debitore principale, e, conseguentemente, in riguardo al beneficio di escussione. Di queste differenze tratteremo specificatamente più oltre. Qui dobbiamo rispondere alla domanda: da quale criterio si debba desumere se la fideiussione sia commerciale o civile.

A) — Legislazione.

SOMMARIO: 125-126. Stato delle legislazioni commerciali.

125. — Il maggior numero delle legislazioni commerciali tralasciano di dichiarare il principio direttivo.

Così è per il Codice commerciale francese.

Altrettanto si dica per il Cod. comm. italiano, salvo la disposizione relativa alla *solidarietà* del fideiussore che garantisce un' obbligazione commerciale (art. 40). Nel che il Cod. it. è seguito dal Cod. comm. rumeno (art. 42) (1).

Così è pure per il Cod. comm. del Chilì (2) che si limita a disporre circa la forma della fideiussione e circa il compenso pattuibile dal fideiussore (art. 820-821).

Tace altresì il Cod. comm. messicano (3), che contempla esplicitamente la fideiussione commerciale soltanto sotto la forma dell'avallo (art. 496) ivi qualificato per fideiussione.

La stessa lacuna si ha nel vigente Cod. comm. germanico (4), il quale statuisce espressamente soltanto circa il divieto del beneficio di escussione negato al fideiussore « per il quale la fideiussione costituisce un atto di commercio » (art. 349) e circa la fideiussione prestata per un credito compreso in un conto corrente (art. 356).

(1) *Code de commerce Roumain*, mis en vigueur le 1er septembre 1887, par JOAN BOHL, Paris, 1895.

(2) *Code de commerce Chilien*, promulgué le 23 novembre 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1867, traduit et annoté par H. PRUDHOMME, Paris, 1892.

(3) *Code de commerce Mexicain*, promulgué le 15 septembre 1889, mis en vigueur le 1er janvier 1890, traduit par H. PRUDHOMME, Paris, 1894.

(4) *Code de commerce Allemand*, promulgué le 10 mai 1897, traduit et annoté par PAUL VIATTE, Paris, 1901.

Digitized by Google

Tace anche il Cod. comm. ungherese (1) il quale nega il beneficio di escussione e di divisione al fideiussore « lorsque le cautionnement a été donné pour une obligation qui a prise naissance dans une opération commerciale, ou lorsqu'il est à considérer lui même comme un acte de commerce » (art. 270), senza dichiarare quale sia la fideiussione commerciale.

La lacuna più grave si nota da ultimo nel Codice commerciale russo (2), dove si tace non soltanto circa il criterio distintivo della fideiussione commerciale, ma altresì circa la determinazione degli atti di commercio; il che dà luogo a dissensi nella giurisprudenza e nella dottrina russe rispetto al principio da accogliersi per decidere quali atti debbano essere considerati commerciali (3).

126. — Il Cod. comm. spagnuolo (4) seguìto dal Cod. comm. argentino (5), ha invece proclamato un principio esplicito e che ci sembra anche il più esatto.

Il Cod. comm. spagnuolo, che consacra alla fideiussione commerciale il titolo IX del libro II (art. 439-442) così dichiara all'art. 439: « Sera réputé commercial tout cautionnement ayant pour objet de garentir l'exécution d'un contrat commercial, même lorsque la caution n'aura pas la qualité de commerçant ».

Ed il Cod. comm. argentino che alla fideiussione commerciale dedica il cap. I, tit. V del libro II (art. 478-483) così si esprime all'art. 478: « Pour qu'un cautionnement soit considéré comme commercial, il suffit qu'il ait pour objet d'assurer l'exécution d'un acte ou d'un contrat de commerce, encore que celui qui cautionne ne soit pas commerçant ».

(1) *Code de commerce Hongrois*, promulgué le 19 mai 1876, traduit par Raoul de La Grasserie, Paris, 1894.

(2) *Code de commerce Russe*, traduit sur l'édition officielle de 1893 par J. Tchernow, Paris, 1898.

(3) Tchernow nella Introduzione alla citata traduzione, p. xvi-xviii.

(4) *Code de commerce Espagnol*, promulgué le 22 août 1885, mis en vigueur le 1er janvier 1886, traduit et annoté par H. Prudhomme, Paris, 1891.

(5) *Code de commerce Argentin*, promulgué le 9 octobre 1889, mis en vigueur le 1er mai 1890, traduit par H. Prudhomme, Paris, 1893.

Digitized by Google

B) — Dottrina e Giurisprudenza.

SOMMARIO: 127-130. Dottrina dei civilisti. — 131-134. Dottrine dei commercialisti.

127. — Fra i civilisti prevale il concetto che la fideiussione sia per sè stessa un contratto civile, essendo un contratto di beneficenza. Invano, dice il LAURENT (1), si afferma che la fideiussione può essere l'accessorio di una convenzione commerciale; questo è vero nel senso che non vi è fideiussione senza debito principale e che l'estensione dell'obbligazione accessoria non può eccedere quella dell' obbligazione principale; ma ciò non significa che l'obbligazione del fideiussore si confonde con quella del debitore al punto di prendere la sua natura. Si fa eccezione quando la fideiussione è stata data in forma commerciale e quando il fideiussore si è obbligato commercialmente, ossia quando la sua obbligazione è interessata ed è parte nel contratto cui interviene.

128. — Non dissimile è la dottrina del GUILLOUARD (2). A suo avviso, in tesi generale, la fideiussione di un' obbligazione anche commerciale costituisce un vincolo civile. Essa è per sua natura un contratto a titolo gratuito di natura civile, mentre i contratti commerciali sono per loro natura a titolo oneroso. È bensì vero che la fideiussione di cui si parla è l'accessorio di un contratto commerciale; ma se il debito del fideiussore e quello del debitore principale hanno il medesimo oggetto, vi sono tuttavia due obbligazioni, che possono essere contratte sotto modalità differenti. Di qui la conseguenza che in diritto francese la fideiussione d' una obbligazione commerciale è un atto civile per l' esecuzione del quale il fideiussore dovrà essere citato davanti al tribunale civile del suo domicilio. Si fa eccezione allorquando il vincolo del fideiussore è per sè stesso un atto di commercio, come nel caso in cui la fideiussione sia data in una forma commerciale, ad esempio sotto forma d'avallo ad una cambiale, oppure se la fideiussione è interessata per il fideiussore, che

(1) LAURENT, XXVIII, n. 159, p. 130 e n. 165, p. 135 e seg.
(2) *Op. cit.*, n. 15, p. 19. Nello stesso senso PONT, II, n. 81.

Digitized by Google

diventi così parte dell' operazione commerciale impresa dal debitore principale.

129. — Anche il BAUDRY-LACANTINERIE e il WAHL (1) opinano che in massima la fideiussione non ha carattere commerciale anche se garantisce un'obbligazione commerciale, ed anche se è prestata da un commerciante per un debito commerciale. Ma non credono esatta l'affermazione assoluta che la fideiussione è commerciale se è interessata da parte del fideiussore; perocchè non ogni contratto interessato è necessariamente commerciale. Tuttavia ammettono che la fideiussione è commerciale se ha per il fideiussore un interesse commerciale e se, essendo commerciali le operazioni, il fideiussore vi è interessato (2).

130. — In Francia la giurisprudenza segue i medesimi principî professati dai citati autori (3).

In diritto francese si ammette inoltre che anche se il fideiussore *si obblighi solidariamente* con un debitore commerciante, egli continua ad essere obbligato secondo la natura del vincolo assunto; e il suo vincolo personale, avendo carattere civile, il creditore può convenire il fideiussore soltanto davanti ai tribunali civili. Parimenti, se il creditore conviene nello stesso tempo il debitore principale e il fideiussore, può bensì citare il primo davanti al tribunale di commercio, ma dovrà citare il fideiussore innanzi al tribunale civile (4).

131. — Tra i commercialisti le opinioni sono divise.

V'è chi (5), commentando l'art. 40 del Cod. di commercio italiano, il quale stabilisce una presunzione di solidarietà

(1) *Op. cit.*, n. 1197, p. 575, con le sentenze e gli autori ivi citati.

(2) *Ivi*, n. 1198, p. 576.

(3) Per il principio: Cassation, 21 novembre 1855 (*Sirey*, 1856, I, 499); 16 mai 1866 (*Id.*, 1866, I, 279); 27 août 1867 (*Dalloz*, 1867, I, 490); 13 août 1872 (*Sirey*, 1873, I, 56); Paris, 9 août 1893 (*Pandectes françaises*, 1894, II, 180). E per le eccezioni: Cassation, 5 janvier 1859 (*Dalloz*, 1859, I, 403); 31 janvier 1872 (*Sirey*, 1872, I, 106); 27 juin 1888 (*Dalloz*, 1889, I, 115).

(4) GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 16, p. 20; LAURENT, *op. cit.*, n. 165; Cassation, 16 mai 1866 (*Dalloz*, 1866, I, 209).

(5) BOLAFFIO, *Il Codice di commercio italiano commentato*, Verona, 1897, vol. I, parte 1ª, n. 281, p. 498.

Digitized by Google

tra il debitore principale e il suo fideiussore, anche non commerciante, che garantisce un' obbligazione commerciale, osserva che tale presunzione dériva bensì dal carattere commerciale dell' obbligazione principale; ma ciò non significa che il non commerciante, che garantisce un' obbligazione commerciale, compia necessariamente un atto di commercio; la fideiussione di fronte all'atto giuridico principale non è atto preparatorio, nè atto esecutivo; una completa identità fra debito principale e debito fideiussorio non è giuridicamente necessaria (1). Sicchè vuol dirsi soltanto che la fideiussione prestata per una obbligazione commerciale ha insita la presunzione di solidarietà, e quindi se non è essa stessa un atto di commercio, è bensì soggetta alla presunzione anzidetta, ma non agli altri principî generali degli atti di commercio. Così una garanzia abituale per operazioni commerciali fatta a scopo di speculazione, essendo per sè stessa un atto di commercio, è interamente sottoposta alle norme che reggono gli atti di commercio.

132. — Altri (2) ritiene che la fideiussione, non essendo

(1) Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, 2ª ediz., § 57, nota 24, p. 662-664. Confr.: Endemann, *Manuale di diritto commerciale, marittimo, cambiario*, vers. ital. di Betocchi e Vighi, Napoli, 1897, vol. I, § 18.

(2) Castagnola, *Codice di commercio italiano*, Commento al lib. I, n. 92, p. 71, Torino, Unione Tip.-Editrice.

Confronta, tra i commercialisti francesi: Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, 3e édit., t. VIII, n. 3001, Paris, 1879, il quale, dopo aver notato che la natura della fideiussione non è determinata da quella dell'obbligazione principale e che sotto questo aspetto le due obbligazioni sono indipendenti l'una dall'altra, insegna che se la fideiussione accede « à une opération commerciale, et à été donné dans le but d'en tirer avantage, il est acte de commerce, et il en sera ainsi évidemment si la caution est elle-même intéressée dans les opérations du commerçant qu'elle a cautionnée. S'il a été donné, au contraire, d'une manière désintéressée et se rattache à une opération civile, il ne peut être considéré comme un acte de commerce ». Il Massé, *Le droit commercial*, t. VI, Paris, 1847, tratta diffusamente della fideiussione anche sotto l'aspetto civile, ma senza segnare con precisione il criterio differenziale tra la fideiussione civile e la commerciale. Certo è che in diritto commerciale francese la fideiussione d'una obbligazione commerciale non è, in massima, commerciale, anche se prestata da un commerciante. Vedi: Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n. 182 e t. III, n. 38bis; Vauthier (*Ann. de dr. comm.*, IV, 1890, *Doctr.*, p. 173) e le sentenze citate dal Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n. 1197, p. 576, nota 1.

Digitized by Google

per se atto commerciale, non è tale se prestata da persona non commerciante per debiti di un commerciante. Ma se si tratta di fideiussione prestata da un commerciante ad altro commerciante, poichè per gli usi questo contratto dà luogo ad una provvigione (in commercio nulla è gratuito), in questo caso, essendovi l'alea e la speculazione commerciale, la fideiussione è commerciale. Se si tratta di fideiussione prestata da un commerciante ad altro commerciante per fine di beneficenza, e se l'atto accessorio della fideiussione conforta una obbligazione che oggettivamente è per legge commerciale, si deve ritenere commerciale anche la fideiussione, poichè si deve guardare alla causa del contratto cui accede la fideiussione invece di considerare la causa della fideiussione. Il motivo che animò il fideiussore non va confuso con la causa costituente la sostanza dell'atto per tutti i contraenti. Si fa eccezione quando il fideiussore non è commerciante. Ma se si tratta di uno di quegli atti incerti e anfibi, che soltanto si *presumono* commerciali, perchè stipulati fra commercianti, deve allora aversi riguardo al *motivo dichiarato* che spinse il commerciante a rendersi fideiussore.

133. — Altri (1) scrive che devono ritenersi commerciali anche i contratti accessorî di un contratto principale d' indole commerciale, perchè l'accessorio segue la natura del principale, come i pegni e le fideiussioni per cause commerciali. E, relativamente alla solidarietà presunta dal citato art. 40 del Cod. comm. it., afferma che si deve badare non già alla qualità delle persone dei condebitori, cioè se siano o no commercianti, ma alla natura della obbligazione che deve essere commerciale (2).

134. — Anche nella giurisprudenza italiana v'ha discordia.

La Cassazione di Torino (3) seguìta dalla Corte d' appello di Genova (4), più volte ritenne che la fideiussione si consi-

(1) Vidari, *Corso di diritto commerciale*, vol. I, n. 37.

(2) Id., vol. III, n. 1951.

(3) Cass. Torino, 30 gennaio 1895 (*Giur. Tor.*, 1895, 306); 4 ottobre 1894 (*Mon. Trib.*, 1895, 150); 28 aprile 1886 (*Giur. Tor.*, 1886, 514).

(4) App. Genova, 28 ottobre 1898 (*Giur. Ital.*, 1899, 27). Confr. Trib. Genova, 9 agosto 1898 (*Temi Genov.*, 1898, 572). Per la fideiussione prestata per un concordato, vedi Corte d'app. Bologna, 9 ottobre 1890 (*Riv. giur. Bol.*, 1890, 297).

Digitized by Google

dera commerciale semprechè garantisca un'obbligazione commerciale, anche quando la persona del fideiussore non sia commerciante. E così, se un' obbligazione cambiaria viene garantita non mediante avallo, ma mediante fideiussione, a voce o per iscritto, tale fideiussione (che non è vietata dalla legge) non è soggetta al rigore dell'avallo cambiario, ma se i contraenti siano commercianti o lo sia anche soltanto il creditore, la detta fideiussione, avendo per oggetto un' obbligazione commerciale, va presunta commerciale, fino a prova contraria.

Invece la Corte d'appello di Brescia (1) ritenne che la fideiussione è un contratto essenzialmente civile anche quando sia prestata per un'obbligazione commerciale, e che tale principio patisce eccezione soltanto nel caso di obbligazione commerciale assunta dal debitore principale, allorchè anche il fideiussore sia commerciante.

Concludendo può dirsi che mentre per alcuni il carattere della commercialità della fideiussione si deve dedurre dall'atto fideiussorio, secondo l'opinione prevalente la fideiussione ha carattere commerciale quando sia commerciale l'obbligazione cui accede (2).

C) — Teoria della fideiussione commerciale.

SOMMARIO: 135. La causa della fideiussione. — 136. Ragioni utilitarie. — 137. Gratuità o onerosità. — 138-139. Qualità dell'obbligazione principale. — 140. Fideiussione soggettivamente commerciale. — 141. Fideiussione che garantisce un debito commerciale per una parte, civile per l'altra. — 142-144. Differenze tra la fideiussione civile e la commerciale.

135. — A questa dottrina noi aderiamo per più ragioni. La fideiussione non è, per sua natura, un contratto piuttosto civile che commerciale: è civile se garantisce un'obbligazione civile; commerciale se assicura un'obbligazione commerciale. E ciò non già perchè l'accessorio debba seguire le sorti del principale, essendo che tale principio non è applicabile in

(1) App. Brescia, 31 dicembre 1894 (*Foro It.*, 1895, 330).

(2) Vedi SUPINO, *Ist. di dir. commerc.*, Firenze, 1898, n. 452, p. 354-355, il quale però non si pronuncia.

Digitized by Google

senso assoluto alla fideiussione, per la relatività della dipendenza del rapporto accessorio dal rapporto principale (1). La commercialità della fideiussione si desume invece dal criterio determinante la commercialità delle obbligazioni in generale.

È commerciale l'obbligazione che ha una causa commerciale. Criterio obbiettivo, perocchè la qualità di commerciante o di non commerciante di chi crea l'obbligazione produce soltanto l'effetto di fare o non fare presumere la stessa commercialità. La quale va esclusa quando l'obbligazione del commerciante sia di natura essenzialmente civile, o quando risulti la non commercialità dall'atto stesso (Cod. comm. it., art. 4).

Ciò posto, la fideiussione che assicura una obbligazione civile è civile anch'essa perchè ha una causa civile; mentre è commerciale la fideiussione che garantisce una obbligazione commerciale perchè in tal caso essa ha una causa commerciale. La causa immediata e diretta della fideiussione, si riassume nella volontà del fideiussore di rendere un servigio, quando la fideiussione è assunta a titolo gratuito; nel pattuito compenso quando la fideiussione è contratta a titolo oneroso (2). Ma, in ogni caso, la causa della fideiussione è di natura civile se la volontà del garante fu diretta ad assicurare un debito civile; commerciale se il garante volle garantire un debito commerciale, perocchè la natura civile o commerciale della causa di ogni obbligazione è necessariamente determinata dalla natura del rapporto cui tale causa si riferisce.

Quando la fideiussione accede a un'obbligazione commerciale la volontà del garante tende ad uno scopo di natura commerciale che consiste nell'agevolare la conclusione di un'obbligazione commerciale mediante la guarentigia del suo adempimento. L'intervento del fideiussore, che talvolta è la condizione con la quale l'uno dei contraenti si induce a stringere il contratto, è, in ogni caso, uno degli elementi che concorrono a dar vita al rapporto giuridico commerciale, epperò dà vita ad un secondo rapporto di natura commerciale determinato dalla detta *causa obligandi*. Nulla importa che il fideiussore non sia commerciante, perocchè tale circo-

(1) Vedi *retro*, n. 75-77.
(2) Vedi *retro*, n. 84.

Digitized by Google

stanza non esercita alcuna influenza sulla commercialità di una obbligazione, la quale va desunta dalla sua causa e non dalla professione di chi dà vita a tale obbligazione.

136. — Oltre a queste ragioni *giuridiche* desunte dal criterio determinante la commercialità delle obbligazioni in generale, vi sono altre ragioni *utilitarie* che militano a favore della nostra tesi.

Se infatti l'obbligazione fideiussoria consiste nel costituire al creditore, per causa civile o commerciale, una seconda obbligazione per il caso di inadempimento dell'obbligazione principale, tale obbligazione di garanzia non raggiungerebbe pienamente il suo scopo qualora non acquistasse la commercialità dell'obbligazione garantita. Perocchè se quest'ultima è commerciale, e, come tale, è protetta dal maggior rigore di adempimento e dai più liberi mezzi di prova che sono proprii delle obbligazioni commerciali, è evidente che la fideiussione non garantirebbe a sufficienza il debito principale se, potendo essere ritenuta atto civile, sfuggisse a quel rigore e a quella maggior larghezza di prove.

È ben vero che il creditore sarebbe pur sempre protetto dalla presunzione di solidarietà a carico del fideiussore posta dal citato art. 40 del Cod. comm. it.; la quale presunzione esclude altresì per il fideiussore il beneficio di escussione (arg., art. 1907); e ciò quando anche la fideiussione, secondo la dottrina avversaria, non fosse commerciale. Ma gli altri vantaggi derivanti dalla commercialità della fideiussione, ad esempio i più liberi mezzi di provare la fideiussione stessa, andrebbero perduti per il creditore commerciale qualora la fideiussione fosse reputata civile.

137. — Errano pertanto, secondo il nostro parere, coloro che affermano essere la fideiussione per sua natura un contratto civile, perchè è un contratto di beneficenza.

È ben vero che, quando è commerciale, viene assunta, per lo più, a titolo oneroso, mentre, se civile, viene contratta, per lo più, a titolo gratuito. Ma la circostanza della gratuità non è necessaria e sufficiente a farla ritenere atto civile, come la circostanza della onerosità non è necessaria nè basta a farla reputare atto commerciale; salvo il disposto dell'art. 4 Cod. comm. it., che tra poco esamineremo.

Digitized by Google

Così se una persona, commerciante o non commerciante, garantisce un debito di natura commerciale ad un commerciante o non commerciante, senza esigere alcuna provvigione, la sua fideiussione è commerciale, benchè gratuita, perchè accedente ad un'obbligazione commerciale; mentre se una persona, commerciante o non, garantisce, dietro un compenso, un debito di natura civile, assunto da altra persona, commerciante o non, tale fideiussione è civile benchè assunta a titolo oneroso, perchè accedente ad un'obbligazione civile.

138. — Noi dunque affermiamo, contrariamente ad altri, che il commerciante ed anche il non commerciante, il quale garantisce un'obbligazione *commerciale*, presta necessariamente una fideiussione commerciale, poichè si deve considerare non la professione del fideiussore, ma la qualità dell'obbligazione principale cui accede. E con questo principio non si identifica (nè l'identificazione è giuridicamente necessaria) il debito fideiussorio col debito commerciale: pur avendo entrambe natura commerciale, la obbligazione del debitore principale e quella del fideiussore continuano a restare distinte, essendochè la fideiussione è assunta dal fideiussore *nomine proprio* (1), ed ha una propria entità (2).

139. — Nel caso poi che il fideiussore acceda ad uno di quegli atti di commercio che sono reputati commerciali non per loro natura ma soltanto perchè, essendo stipulati da commercianti si *presumono* commerciali fino a prova contraria (atti di commercio *soggettivi*), la fideiussione si presume commerciale fino a che si possa presumere commerciale l'obbligazione principale, tranne espresso patto contrario.

Se, ad esempio, il fideiussore garantisce il pagamento del prezzo di un cavallo acquistato da un commerciante, o il pagamento del fitto di uno stabile dallo stesso preso in locazione, dovendosi presumere che tali atti appartengano all'esercizio commerciale (3), la fideiussione si presume anch'essa commerciale. Ma tale presunzione viene meno se dall'atto

(1) Vedi *retro*, n. 58 e 59.

(2) V. *retro*, n. 73 e 74.

(3) Consulta, per la locazione di un immobile, VIVANTE, *Trattato di dir. comm.*, vol. I, n. 62, p. 106.

Digitized by Google

contenente l'obbligazione principale risulti la natura civile di tali atti; ad esempio se risulti dall'atto che il cavallo fu acquistato dal commerciante, a saputa del venditore, non per valersene nella propria industria, ma per fine sportivo; o se risulti dall'atto stesso che lo stabile non fu affittato dal commerciante per uso del proprio commercio, ma, a saputa del locatore, allo scopo per servirsene come casa di abitazione della propria famiglia (arg., art. 4 Cod. comm. it.).

140. — Fin qui s'è esaminata la questione della commercialità della fideiussione prestata da un commerciante o non commerciante per un'obbligazione commerciale, avuto riguardo alla natura di quest'ultima obbligazione. Ora esaminiamo una questione di natura diversa, ossia se si debba presumere commerciale la fideiussione soltanto perchè prestata da un commerciante, e cioè avuto riguardo alla qualità di chi presta la garanzia. Ciò equivale al chiedere se la fideiussione possa essere un atto *soggettivo* di commercio.

L'affermativa non può esser dubbia; la presunzione che gli atti compiuti da un commerciante siano commerciali vale sia che tali atti restino compresi nel ramo principale del suo commercio, o sieno operazioni avventizie. Anche la fideiussione pertanto può essere atto soggettivo di commercio (1), ossia si presume commerciale se assunta da un commerciante, tranne se, a termini dell'art. 4 Cod. comm. it., risulti il contrario dall'atto stesso che la contiene. Così se da tale atto, senza che sia necessario di ricorrere ad altra prova, risulti che il commerciante ha garantito un'obbligazione civile, la fideiussione è civile, cessando la presunzione di commercialità.

Questo principio adunque non solo non contraddice alla dottrina su esposta circa la natura civile o commerciale della fideiussione, ma la conferma,

141. — Ed ora contempliamo l'ipotesi in cui il fideiussore garantisca un'obbligazione che è commerciale per una delle parti (creditore o debitore), civile per l'altra.

La fideiussione deve seguire, per le esposte ragioni posi-

(1) Confr. VIVANTE, *op. cit.*, vol. I, n. 57, p. 99-100, con le sentenze citate in nota 2.

Digitized by Google

tive (1), la natura dell'obbligazione principale. E poichè il Codice di commercio (art. 54), nell'interesse del commercio stesso considerato come funzione sociale, dispone che se un'obbligazione è civile per una parte e commerciale per l'altra, tutti i contraenti sono sottoposti alla legge commerciale fuorchè alle disposizioni riguardanti le persone dei commercianti e salve le contrarie disposizioni della legge, ne segue che anche la fideiussione è in tal caso regolata dalla legge commerciale, non essendovi nella legge alcuna disposizione contraria.

142. — A questo punto possiamo precisare le differenze tra la fideiussione civile e la commerciale:

I. — Mentre la fideiussione civile si presume *gratuita*, la commerciale si presume *onerosa*.

La solvenza del fideiussore civile si misura in ragione dei suoi beni capaci d'ipoteca, mentre la solvenza del fideiussore commerciale si determina in relazione al suo credito (art. 1905 Cod. civ. it.) (2).

Riguardo alle prove la giurisprudenza è discorde. Così, mentre la Cassazione di Firenze (3) ritenne che per decidere della sussistenza o meno di una fideiussione commerciale si devono applicare i principî del diritto civile, nulla disponendo il Codice di commercio circa la prova della fideiussione commerciale, nè esistendo in proposito usi e consuetudini mercantili, la Cassazione di Palermo (4) decidendo in materia di fideiussione prestata in seguito ad un contratto di assicurazione, ritenne non essere necessario che la fideiussione risulti da atto scritto, ma che può essere provata con tutti i mezzi apprestati dall'art. 44 Cod. comm.

Noi opiniamo che, se la fideiussione è commerciale, essa può essere provata secondo le regole comuni a tutte le obbligazioni commerciali (5) a norma del citato art. 44. Non era infatti necessario che il Codice di commercio disponesse espres-

(1) Vedi *retro*, n. 135-136.
(2) Vedi *ultra*.
(3) Cass. Firenze, 14 giugno 1895 (*Temi ven.*, 1895, 407).
(4) Cass. Palermo, 28 ottobre 1895 (*Giurista*, 1895, 562).
(5) Conf. Supino, *Ist. di dir. comm.*, Firenze, 1898, n. 452, p. 355.

Digitized by Google

samente, avendo già disposto, col detto art. 44, per le prove di tutte le obbligazioni commerciali in genere.

Riteniamo quindi ad esempio che la fideiussione prestata da un non commerciante per un debito commerciale superiore alle lire 500, si possa provare con testimoni, sempre che l'autorità giudiziaria lo consenta, trattandosi di un'obbligazione fideiussoria commerciale (1); e ciò a differenza della fideiussione civile.

Anche per gli effetti della fideiussione commerciale valgono le regole comuni a tutte le obbligazioni del commercio (2). Fra questi effetti v'è la solidarietà che, come s'è veduto, devesi presumere, per l'art. 40 Cod. comm., tra fideiussore e debitore principale e che priva il fideiussore del beneficio di escussione. Di questa solidarietà occorre ora parlare più diffusamente attesa l'importanza del principio.

143. — II. — Mentre, in materia civile, la solidarietà tra il debitore principale e il suo fideiussore non può mai essere presunta, invece in materia commerciale tale presunzione ha luogo per il fideiussore anche non commerciante che garantisce un'obbligazione commerciale, e ciò in virtù del più volte citato art. 40 Cod. comm. it. Perocchè, se il creditore vuole un garante, è ovvio presumere che intenda porlo nella stessa condizione del debitore principale, essendo ciò voluto dalle esigenze commerciali.

In questa materia si deve, come già si disse, aver riguardo non alla qualità delle persone dei condebitori, ma alla natura dell'obbligazione garantita che dev'essere commerciale (3).

Ne segue che se i condebitori siano commercianti, ma la loro obbligazione sia civile, il fideiussore non può essere presunto obbligato in solido; laddove se l'obbligazione garantita è commerciale, il fideiussore si presume obbligato in solido benchè non commerciante (4).

È poi naturale che la presunzione di solidarietà esiste sia

(1) In senso contrario Corte d'app. di Torino, 28 novembre 1887 (*Giurispr.*, 1887, 85). Questa sentenza escluse la detta prova, ritenendo che si trattasse di fideiussione civile.

(2) Supino, *op. loc. citt.*

(3) Conf. Vidari, *op. cit.*, vol. III, n. 1951.

(4) Id., con le sentenze ivi citate pro e contro questa soluzione.

Digitized by Google

che il fideiussore garantisca un atto di commercio *oggettivo*, sia che garantisca un atto di commercio *soggettivo* (1). Questo principio discende non soltanto dalla commercialità della fideiussione prestata nelle dette condizioni, ma altresì dalla lettera e dallo spirito dell'art. 40 Cod. cit., il quale, parlando del fideiussore che garantisce una *obbligazione commerciale*, si riferisce a qualsiasi vincolo giuridico nascente da *atti di commercio* e quindi da atti sia soggettivi come oggettivi (2).

Non è del resto necessario che il fideiussore sappia, nel momento in cui si obbliga, che l'obbligazione principale ha carattere commerciale; perocchè egli deve accertare a tempo la qualità della obbligazione cui accede; e se trascura questa indagine *imputet sibi*. Altrimenti si schiuderebbe l'adito a complicati litigi (3).

144. — III. — Ove sussista la presunzione di solidarietà, valgono per la fideiussione *presunta solidale* le regole del diritto civile sulla fideiussione solidale salve le disposizioni speciali alle materie commerciali. Ne segue che il fideiussore presunto solidale non può invocare il beneficio di escussione (art. 1907 Cod. civ. it.) (4).

(1) Vedi *retro*, n. 140.

(2) Conf. Bolaffio, *op. cit.*, vol. I, parte 1ª, n. 281, p. 499.

(3) Bolaffio, *loc. cit.*, p. 499.

(4) Di questa conseguenza parleremo *ex professo* nella *Parte speciale* del presente trattato.

Digitized by Google

Capo III.

FONTI E MODALITÀ DELLA FIDEIUSSIONE.

Sezione I.

Fonti.

§ 1.

Generalità.

Sommario: 145-146. Fideiussione convenzionale, legale e giudiziaria.

145. — La fideiussione può essere *convenzionale*, *legale* o *giudiziaria*, essendo sue fonti la convenzione, o la legge, o l'ordine del magistrato.

È convenzionale quando risulta da un accordo per il quale il debitore, nel contrarre un'obbligazione, si vincola a fornire al creditore una malleveria per garantire l'adempimento del suo obbligo; legale quando è imposta da un testo formale di legge; giudiziaria quando il magistrato, di sua propria autorità, ordina ad una delle parti di dar cauzione per garantire i diritti eventuali dell'altra parte.

Nei Codici civile e di commercio, di procedura civile e penale e in alcune leggi speciali, si trovano disposizioni relative alla fideiussione legale. Noi ci limitiamo a dare soltanto alcuni esempi per evitare un'arida riproduzione di disposizioni legislative.

L'usufruttuario deve dare cauzione (1) di godere da buon padre di famiglia, se non ne è dispensato dal titolo o dalla legge (art. 497 Cod. civ. it.).

L'usuario e chi ha un diritto di abitazione non possono esercitare i loro diritti se prima non dànno cauzione. Però l'autorità giudiziaria può dispensarli da tale obbligo secondo le circostanze (art. 525 id.).

(1) Questa parola generica comprende, com'è noto, anche la fideiussione.

Digitized by Google

Il compratore che, avendo ottenuta dal venditore una dilazione al pagamento, cade dopo la vendita in istato di fallimento o di non solvenza, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo, non può esigere da quest'ultimo la consegna della cosa, salvo che dia cauzione di pagare nel termine pattuito (art. 1469 Cod. civ. it.).

Il compratore se è, o ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie; ma il venditore può evitare ciò dando cauzione (art. 1510 id.).

Ricordiamo anche le disposizioni del Cod. civ. it. relative al caso di immissione nel possesso provvisorio dei beni dell'assente (art. 26 id.); alla eredità beneficiata (art. 975 id.); alla richiesta di vendita all'incanto nel giudizio di purgazione (art. 2045 id.); e le disposizioni del Cod. di procedura civ. it. relative alle forme da osservarsi nelle cauzioni legali e giudiziali allorquando si offra un fideiussore idoneo o si depositi nella Cancelleria denaro o rendita sul debito pubblico dello Stato (art. 329, 330, 331 Cod. cit.).

Fra i casi di fideiussione legale imposti da legge speciale menzioniamo la fideiussione con *approbatore*, ammessa in pochi casi tassativamente determinati, a favore dell'amministrazione pubblica, dal Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, 4 maggio 1885, n. 3074, serie 3ª (art. 60, capov. 1°, e 62); nonchè la malleveria richiesta dal Regolamento per il prestito dei libri nelle biblioteche pubbliche governative, 27 febbraio 1886 (art. 15-26, 44, 45); malleveria imposta per le persone non comprese nelle categorie contemplate nell'art. 14, alle quali non possono essere prestati libri senza uno speciale permesso del Ministero della pubblica istruzione o senza una malleveria scritta (art. 15 e 26 cit.).

146. — È da avvertire che la fideiussione *convenzionale* non cessa di esser tale ancorchè, avendo il debitore negato il suo obbligo di fornire un fideiussore, sia stato condannato a fornirlo mediante provvedimento giudiziale. Tale provvedimento, che constata il dovere di fornire una fideiussione, ha soltanto un carattere *dichiarativo* nel senso che non attri-

Digitized by Google

buisce il diritto, ma ne *riconosce* l'esistenza. La fideiussione pertanto non è giudiziale, ma continua ad essere convenzionale (1).

Altrettanto si dica per la fideiussione *legale* che conserva tale carattere legale ancorchè, essendo negato dal debitore l'obbligo di fornirla, quest'obbligo gli venga imposto giudizialmente (2).

§ 2.

L'obbligo di fornire una fideiussione.

SOMMARIO: 147. Rinvio. — 148. Facoltà di dare altre cautele in luogo della fideiussione - Legislazione comparata. — 149. Opinione di POTHIER. — 150. Distinzione della fideiussione convenzionale dalla legale e giudiziaria. — 151-152. Incertezza della legislazione francese. — 153-154. Disposizione liberale del Codice italiano. — 155. Facoltà di dare un'ipoteca in luogo di una fideiussione. — 156. Facoltà di dare un fondo in anticresi in luogo di una fideiussione. — 157. Facoltà di depositare una somma in garanzia. — 158. I requisiti della nuova garanzia.

147. — Allorchè una persona è obbligata a fornire un fideiussore o in forza di convenzione, o di legge, o di sentenza, essa deve presentare un fideiussore che riunisca in sè certe condizioni richieste dalla legge per la sua idoneità ossia: la capacità di obbligarsi come fideiussore; una solvibilità speciale desumibile dal possesso di determinati beni e un determinato domicilio. Di tutti questi requisiti si occupa il titolo III di questa *Parte Generale*, cui ci riferiamo.

Qui notiamo che l'argomento relativo ai modi coi quali chi è tenuto a prestare sicurtà può adempiere la sua obbligazione (prestazione di un valido fideiussore, oppure deposito di denaro o rendita o altra cauzione) non spetta ad un trattato della fideiussione se non in quanto, trattandosi dell'obbligo di prestare una fideiussione propriamente detta (3), si

(1) GUILLOUARD, n. 83, p. 96; AUBRY et RAU, IV, § 425, testo e nota 3; LAURENT, n. 183; PONT, II, n. 434; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 924, p. 447.

(2) Vedi GUILLOUARD, n. 84, p. 97, e gli autori citati nella nota precedente.

(3) Sui modi di prestare cauzione vedi Cod. proc. civ. it., art. 329-331 e confr. Cod. civ. germanico, §§ 232-240.

Digitized by Google

debba stabilire le condizioni alle quali il fideiussore offerto deve rispondere. Del quale argomento tratta il titolo sopra citato.

Bisogna però determinare se chi ha l'obbligo di dare una fideiussione abbia facoltà di dare invece un'altra cautela sufficiente, come un pegno od un'ipoteca.

148. — Nelle legislazioni vi sono differenze di principii su tale questione. Epperò il confronto fra esse avendo una importanza speciale, riferiamo qui integralmente i varii testi legislativi.

Per il Codice francese (art. 2041), seguìto da altri, come l'abrogato Codice parmense (art. 2070): « Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu a donner à sa place un gage en nantissement suffisant ». Nello stesso senso il Codice della Luigiana (art. 3034), il quale aggiunge però che l'oggetto dato in pegno deve potersi custodire « sans embarras et sans risque ».

Il Codice olandese (art. 1867) così si esprime: « Celui qui par la loi ou par une condamnation est obligé de fournir une caution, et qui ne peut pas en trouver, est reçu à donner à sa place un gage ou une hypothèque ».

Il Codice spagnuolo (art. 1855) dichiara che: « Si l'obligé à fournir un cautionnement ne le trouve pas, on acceptera à la place un gage ou une hypothèque suffisant pour couvrir son obligation » (1).

E i Codici civili chileno (art. 2337) e columbiano (art. 2363): « El obligado á rendir una fianza no puede sustituir á ella una hipoteca ó prenda, ó reciprocamente, contra la voluntad del acreedor ». Ma « Si la fianza es exigida por la ley ó decreto de Juez, puede sustituirse á ella una prenda ó hipoteca suficiente ».

Una disposizione sostanzialmente identica a questa contengono il Codice dell'Uruguay (art. 2072), e l'argentino (art. 1999 e 2000).

Per il Codice giapponese (art. 451): « Lorsque le debiteur ne peut fournir une caution remplissant les conditions énu-

(1) Ogniqualvolta riproduciamo una traduzione francese di qualche articolo di Codice straniero s'intende citata la versione indicata nella Sezione IV del Titolo I di questa *Parte Generale*, p. 29-32.

Digitized by Google

mérées à l'article précédent, il peut donner, à la place de cette caution, une autre garantie ». Principio analogo a quello adottato dagli abrogati Codici sardo (art. 2080) ed estense (art. 2060), i quali permettevano a chi « non può trovare una sicurtà » di dare in luogo del fideiussore un pegno o altra cautela riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito.

Per il Codice italiano (art. 1922): « È in facoltà di colui che deve dare una sicurtà, il dare invece un pegno od altra cautela che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito ».

149. — Secondo POTHIER (1) la facoltà di dare in luogo della fideiussione un'altra cautela sufficiente dev'essere ammessa per ogni specie di fideiussione « ..... a colui che deve una sicurtà si deve facilmente permettere di dare dei pegni quando egli non possa trovare la sicurtà, perchè colui al quale è dovuta non avendo altro interesse che quello di procurarsi una garanzia, e trovandone una eguale o maggiore nei pegni (*cum plus cautionis sit in re quam in persona et tutius sit in pignori incumbere quam in personam agere*) sarebbe da parte sua una pura malvagità il ricusare i pegni in luogo della sicurtà, se ciò che a lui viene offerto in pegno può essere custodito senza incomodo e senza verun pericolo ».

150. — Questa opinione non è accettabile poichè si deve distinguere il caso della fideiussione convenzionale da quello della fideiussione legale o giudiziaria. Non si tratta infatti, nel primo caso, di sapere se un pegno costituisca una garanzia uguale o anche superiore alla fideiussione; bensì di eseguire la convenzione delle parti. Il creditore ha voluto un fideiussore preferendo questa garanzia alle altre; il debitore ha acconsentito. Non può pertanto il debitore, che si è obbligato per contratto a dare un fideiussore presentare invece un'altra cautela, poichè non è lecito ad una delle parti contraenti di mutare l'oggetto della obbligazione « *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* ». La volontà delle parti costituisce la loro legge (2).

(1) *Op. cit.*, N. 393.

(2) TROPLONG, n. 202; PONT, n. 150; AUBRY et RAU, IV, § 425; LAURENT, n. 199; GUILLOUARD, n. 110, p. 122; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 993, p. 486. Nello stesso senso i citati Codici olandese, chileno, columbiano, dell'Uruguay, e argentino, dove il principio è chiaramente espresso.

Digitized by Google

Invece in materia di fideiussione legale o giudiziaria deve essere lecito, a colui che deve dare una sicurtà, di presentare un'altra garanzia sufficiente (1), poichè quando l'obbligo di dare un fideiussore non nasce dalla volontà delle parti ma dal comando della legge o dall'ordine del magistrato è indifferente che il debitore offra ad es. un pegno o una ipoteca piuttosto che un fideiussore, non esistendo in questo caso una convenzione di dare un fideiussore piuttosto che un'altra garanzia.

Merita pertanto di venire approvata la riferita disposizione dell'art. 1922 Cod. italiano, la quale corrisponde soltanto in parte, come si dirà, a quella, pure riportata, dell'art. 2041 Cod. francese.

Che questa disposizione sia riferibile soltanto alla fideiussione legale ed alla giudiziale si desume in primo luogo dalla posizione che occupano i citati articoli situati rispettivamente nel capo III Cod. italiano e nel capo IV Cod. franc. intitolati *Della fideiussione legale e della fideiussione giudiziale*; in secondo luogo dalle parole del tribuno CHABOT nel suo *Rapport au Tribunat* (2).

151. — Ritenuto che, in materia di fideiussione legale o giudiziaria, il debitore può dare in luogo del fideiussore un'altra garanzia, si deve logicamente ammettere che il debitore abbia facoltà di dare non soltanto un pegno, ma anche altre garanzie, purchè idonee ad assicurare il credito.

Ma questo principio che, teoricamente, è sicuro, ed è evidente per il diritto positivo italiano, è invece oggetto di grave disputa nel diritto positivo francese, a cagione della inesatta dicitura del citato art. 2041 Cod. francese.

Fra gli interpreti di questo Codice v'è persino discrepanza riguardo al testo della riferita disposizione. Così, mentre alcuni, come il DALLOZ (3), il TROPLONG (4), il GUILLOUARD (5) leggono: « Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu

(1) In questo senso dispongono espressamente i citati Codici olandese, chileno, dell'Uruguay, columbiano e argentino. V. il n. 148.

(2) FENET, XV, p. 51.

(3) *Op. cit.*, n. 377.

(4) N. 591.

(5) N. 111, p. 122.

Digitized by Google

« à donner à sa place un gage *ou* nantissement suffisant », altri, come il LAURENT (1) e BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (2), leggono: « est reçu à donner en sa place un gage *en* nantis- « sement ». E poichè il Codice francese ammette due specie di *nantissement*, e cioè il pegno e l'anticresi, ne deriva che, secondo la prima lezione, il debitore avrebbe facoltà di dare, a sua scelta, un pegno od una anticresi; secondo l'altra lezione tale facoltà sarebbe invece limitata al pegno.

Il testo definitivo del Codice francese dice realmente « un « gage *en* nantissement ». Invece il testo del progetto primitivo diceva « un gage *ou* nantissement suffisant » (3). E alcuni interpreti, fra i quali il GUILLOUARD (4), opinano che le espressioni scorrette sostituite al testo primitivo provengano da un errore del copista, di modo che il debitore ha facoltà di sostituire alla fideiussione *sia* un pegno, *sia* un *nantissement*.

152. — A dir vero, i lavori preparatorii del Codice napoleonico, da noi consultati per averne lume in questa singolare controversia, somministrano argomenti contrari a tale lezione (5).

« Le débiteur » disse TREILHARD nell'*Esposizione dei motivi*, « a du moins la ressourçe de pouvoir donner un gage *en* « *nantissement* ». E nella *Relazione* di CHABOT al Tribunato si legge: « Il fallait aussi venir au secours du débiteur, « qui obligé par la lois ou condamné par un jugement à « fournir une caution, ne pourrait en trouver une qui êut « les qualités requises; il est admis a donner *en nantissement* « *un gage suffisant* ». Identico è il concetto espresso dal tribuno LAHARY nel suo discorso al Corpo legislativo: « Le projet veut « encore que la caution soit susceptible de la contrainte par « corps; mais si le débiteur n'en peut trouver une qui veuille « s'y soumettre, il l'autorise à donner à sa place *un gage en* « *nantissement* suffisant ».

(1) N. 202.
(2) N. 991, p. 485.
(3) FENET, II, p. 211.
(4) GUILLOUARD, n. 111, p. 122.
(5) È quanto osservano anche il BAUDRY-LACANTINERIE e il WAHL, *loc. cit.*, i quali però si limitano a citare il solo Rapporto di CHABOT al Tribunato.

Digitized by Google

Aggiungiamo quest' altro argomento che nella traduzione italiana del Codice francese, fatta eseguire per il Regno d'Italia, fu data questa versione del citato articolo: « Quegli che non può trovare una sicurtà, viene ammesso a dare invece *un pegno* sufficiente ad assicurare il credito ». Le quali espressioni escludono le altre garanzie; come appare altresì dalla traduzione latina dello stesso Codice, ordinata anch'essa per il Regno d'Italia: « Qui fideiussorem non inve-« nit, *pignus* par debito tradere potest » (1).

Ne segue che per il Codice francese il debitore non può dare un'anticresi in luogo della fideiussione (2).

In ciò il Codice francese fu seguito, oltre che da altre legislazioni, dal citato Codice parmense (art. 2070), il quale parlava anch'esso soltanto di *pegno*; nonchè dal Codice pure citato della Luigiana (art. 3034).

153. — Abbiamo deliberatamente insistito su questa particolarità del Codice francese, onde mettere vieppiù in evidenza come la legislazione italiana sia a ragione più favorevole al debitore.

Già il Codice sardo (art. 2080) e il Codice estense (articolo 2060) avevano, come s'è veduto, ampliato la facoltà accordata al debitore, permettendo a colui, che non può trovare una sicurtà, di dare in luogo del fideiussore un pegno o *altra cautela* riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito. Principio analogo a quello accolto dal citato Codice giapponese (art. 451).

154. — Il Codice italiano contiene la disposizione più liberale. Per esso non è necessaria la condizione richiesta dai Codici francese (art. cit.), olandese (art. 1867), spagnuolo (articolo 1855), parmense, estense e sardo (art. cit.), e giapponese (art. cit.), ossia che il debitore *non possa trovare un fideiussore*; ma, al contrario, si lascia la « *facoltà* » a colui che debba dare un fideiussore, e che non possa o non voglia darlo, di presentare invece « un pegno *od altra cautela* che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito ».

Che sia più favorevole al debitore questa disposizione del

(1) Si noti che l'ipoteca nella traduzione latina del Codice francese ha il suo appellativo tecnico di *hypotheca*.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

Digitized by Google

Codice italiano, si rileva ove si consideri che la *impossibilità di trovare* un fideiussore voluta dagli altri Codici sopra citati, può essere oggetto di contestazione in giudizio, e può mettere il debitore in gravi difficoltà di prova; laddove, per la legge italiana, il debitore non è tenuto a provare siffatta impossibilità, avendo egli il *diritto* di dare altra garanzia in luogo di un fideiussore.

La legge italiana è poi anche preferibile, in questo punto, al citato Codice olandese (art. 1867), e al Codice spagnuolo (art. 1855 cit.). Infatti, mentre questi due Codici esigono tassativamente che il debitore dia, in luogo del fideiussore o un pegno o un'ipoteca, la legge italiana consente che il debitore dia o un pegno *o altra cautela* sufficiente ad assicurare il credito.

La parola *cautela* è comprensiva, e si riferisce a qualunque garanzia purchè idonea. Resta pertanto a stabilire quali garanzie siano idonee come surrogati della fideiussione.

155. — Chi deve dare una sicurtà può prestare, invece di un fideiussore, una ipoteca?

In diritto francese la questione è controversa.

Il Pont (1) sostiene l'affermativa, in tesi generale, ossia per i casi nei quali la natura dell'affare non esiga una certa celerità inconciliabile con le lentezze inerenti alla realizzazione dell'ipoteca.

Il Troplong (2), pur non ammettendo, per principio, la surrogazione dell'ipoteca al pegno, opina nondimeno che il giudice possa, in via di eccezione, ammettere l'ipoteca.

Il Baudry-Lacantinerie e il Wahl (3) opinano in modo assoluto, che il pegno possa sempre essere a sua volta surrogato da un'ipoteca, senza che si debba considerare mai se la celerità dell'affare esiga o no una realizzazione facile della garanzia,

Il Guillouard (4), il Laurent (5), il Ponsot (6), nonchè

(1) *Op. cit.*, II, n. 445.

(2) N. 592.

(3) N. 992, p. 485-486. Vedi inoltre: Cass. civ. franc., 3 février 1897 (*Sirey*, 1897, I, 137); Cass. civ., 7 août 1882 (*Dalloz*, 1883, I, 220).

(4) N. 112, p. 124.

(5) N. 202.

(6) N. 386.

Digitized by Google

AUBRY e RAU (1), ritengono invece che, sia sotto l'aspetto del testo legislativo « gage en nantissement » il quale esprime un concetto ben differente da quello dell' ipoteca, sia sotto l'aspetto dei motivi della legge in discorso, non è ammissibile la detta surrogazione, avuto riguardo alla lentezza della realizzazione dell'immobile ipotecato e alle formalità inerenti all'ipoteca.

In diritto italiano, alla pari delle legislazioni olandese, spagnuola, chilena, columbiana, dell'Uruguay, argentina e giapponese (2), è indubitato che il debitore il quale deve dare una fideiussione legale o giudiziale può prestare invece una ipoteca, purchè questa sia costituita su beni sufficienti ad assicurare il credito (3).

Il testo larghissimo del citato art. 1922 autorizza questa interpretazione, che è invece inammissibile per la legge francese.

156. — Può il debitore adempiere il suo obbligo di dare una sicurtà accordando al creditore, in luogo di una fideiussione, un fondo in anticresi?

Anche lo scopo dell'anticresi è quello di garantire un credito. L'anticresi presenta inoltre un carattere comune al pegno in quanto è, come questo, indivisibile (confr. articoli 1896 e 1889 Cod. it.). Differisce tuttavia dal pegno e dall'ipoteca, oltre che per altri caratteri, in quanto non dà vita ad un diritto reale, nè a privilegio a favore del creditore.

Pertanto a determinare se l' anticresi costituisca quella *cautela sufficiente* di cui parla l' art. 1922 Cod. it., occorre aver riguardo alle speciali circostanze del caso. L' anticresi accorda al creditore il possesso dell' immobile col diritto di far suoi i frutti (art. 1891 Cod. it.), e in mancanza di pagamento lo autorizza a domandare coi mezzi legali la spropriazione del debitore (art. 1894). Ma se vi fossero altri creditori i quali, ove procedessero anch'essi all'esecuzione forzata, potessero render vana la garanzia di quel creditore, è evidente che la detta garanzia, non essendo sufficiente ad assicurare il

(1) IV, § 425, testo e nota 12.
(2) Vedi *retro*, n. 148.
(3) Corte d'app. di Catania, 13 giugno 1880 (*Giur. it.*, 1883, II, 636).

Digitized by Google

credito, a termini del citato art. 1922, sarebbe una garanzia non valida, e il creditore avrebbe il diritto di respingerla. Supponendo invece che non esistano altri creditori, e che i frutti del fondo siano tali da assicurare al creditore un pronto e integrale pagamento; o supponendo che anche in concorso d'altri creditori, i detti frutti siano sufficienti, l'anticresi, sempre che non vi fossero altre circostanze sfavorevoli, potrebbe esser ritenuta idonea.

157. — Crediamo poi che chi deve dare una sicurtà, soddisfarebbe egualmente alla sua obbligazione legale o giudiziale, depositando nelle prescritte forme la somma per la quale si richiede da lui una garanzia di futuro pagamento (1). Questo principio, che è esplicitamente ammesso dal Codice della Luigiana (art. 3034), non si trova scritto nel Codice italiano; ma risulta dal largo senso riposto nelle citate espressioni dell'art. 1922, il quale parla genericamente di *altra cautela sufficiente ad assicurare il credito.*

158. — Allorchè il debitore surroga la fideiussione con altra garanzia, non è necessario che questa garanzia risponda alle condizioni volute dagli art. 1904 e 1905 Codice italiano (2018 e 2019 Cod. franc.); ad es. non occorre che i valori offerti in garanzia siano depositati nella giurisdizione della Corte d'appello in cui la garanzia dev'essere prestata. È infatti evidente che le citate disposizioni, per i termini nei quali sono concepite, sono applicabili soltanto alla fideiussione per la quale solamente, d'altra parte, interessa che le dette condizioni siano osservate (2).

(1) Confronta, per qualche analogia: Pont, n. 444; Guillouard, n. 111, p. 122; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 991, p. 485; Cass. franc., 19 mai 1890 (*Sirey*, 1890, I, 329).

(2) Cass. franc., 19 mai 1890 (*Sirey*, 1890, I, 329); Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 993*bis*, p. 487.

Digitized by Google

SEZIONE II.

Modalità.

SOMMARIO: 159. Partizione. — 160. Fideiussione semplice. — 161. Fideiussione solidaria. — 162. « *Fideiussor indemnitatis* ». — 163. « *Fideiussor fideiussoris* ». — 164. Fideiussore del regresso. — 165. Azione del creditore verso il « fideiussor fideiussoris ». — 166. Rapporti del creditore verso il fideiussore del regresso e il « *fideiussor indemnitatis* ». — 167. Le *cautiones* romane - La *cautio judicatum solvi* romana. — 168. La *cautio judicatum solvi* odierna.

159. — Sotto l'aspetto delle principali modalità proprie della fideiussione (1) conviene distinguere:

a) la fideiussione semplice;
b) la fideiussione solidale;
c) il *fideiussor indemnitatis*;
d) il *fideiussor fideiussoris* (*succedaneus*);
e) il fideiussore del regresso;
f) le *cautiones* romane, e in particolare la *cautio judicatum solvi*.

160. — *a*) È semplice la fideiussione quando uno o più fideiussori si obbligano ad eseguire l'obbligazione garantita, a condizione che il debitore principale non la soddisfaccia lui stesso. Ne segue che, per le leggi vigenti, il fideiussore semplice gode del beneficio di escussione (Cod. civ. it., art. 1907), e, nel caso di pluralità di fideiussori, del beneficio di divisione (Cod. it., art. 1912) (2).

161. — *b*) La fideiussione solidaria può essere contratta: 1° in solido tra fideiussore e debitore verso il creditore (3); 2° solidariamente tra più fideiussori verso il creditore.

(1) Qualche legislazione contempla talune modalità specialissime, come si osserva nel diritto musulmano (art. 935), per il quale esistono tre specie di fideiussione: 1° la fideiussione propriamente detta (art. 936); 2° la fideiussione di comparizione (art. 955); 3° la fideiussione di ricerca (art. 961).

(2) Confr. Cod. civ. del Guatemala, art. 2225, n. 1, 2226, 2227.

(3) Anche la legge russa (1557) distingue due specie di fideiussione: la fideiussione semplice (« soltanto per il pagamento della somma ») e quella che essa chiama fideiussione « per il pagamento alla scadenza » corrispon-

Digitized by Google

Nel primo caso il fideiussore promette che risponderanno lui o il debitore, indistintamente, dell'adempimento di tutta l'obbligazione. Pertanto il fideiussore o i fideiussori solidali non godono del beneficio di escussione (Cod. it., art. 1907) e di quello di divisione, poichè l'effetto della loro obbligazione si regola coi principî stabiliti riguardo ai debiti in solido (Cod. civ. it., art. 1907 cit.); e sia il fideiussore come il debitore possono essere escussi per l'intero debito. Tuttavia la solidarietà cui sia sottoposto il fideiussore non toglie alla fideiussione il suo carattere di obbligazione accessoria e sussidiaria, e non rende il fideiussore debitore diretto dell'obbligazione principale; mentre la fideiussione solidaria è pur sempre governata dalle regole proprie della fideiussione semplice, tranne la notata eccezione che consiste nella privazione del beneficio di escussione, e, se più sono i fideiussori, di quello della divisione (1).

Si ha il secondo caso quando più fideiussori promettono che, in mancanza del debitore principale, ciascuno di loro sarà obbligato a soddisfare l'intero debito (2). Essi non godono del beneficio della divisione cui si ritiene che abbiano tacitamente rinunciato (arg., art. 1912 Cod. civ. it.).

E poichè, in materia civile, la solidarietà non si presume ma dev'essere espressa (Cod. civ. it., art. 1188), va ritenuto che i fideiussori siansi obbligati semplicemente se non risulta che si obbligarono espressamente in solido o col debitore o fra loro (3). Laddove, in materia commerciale, dovendosi presumere che i condebitori sono obbligati in solido se non vi

dente a quella che noi diciamo fideiussione solidaria. I due modi non si escludono, poichè una persona può vincolarsi simultaneamente come fideiussore semplice e come fideiussore solidale. In tal caso si reputa che essa sia vincolata solidariamente se il creditore agisce contro essa nel mese della scadenza, e fideiussione semplice se egli lascia passare questo periodo (1558, 1560). Se la fideiussione è solidaria il creditore può escutere il fideiussore prima del debitore; se è semplice il fideiussore è tenuto soltanto nel caso di insolvibilità o morte del debitore. Vedi Lehr, *Éléments de droit civil Russe*, tome II, n. 1368, p. 448-449, Paris, 1890.

(1) Vedi la diffusa dimostrazione del principio nella *Parte Speciale* e confr.: Codice civ. argentino, art. 2004; Cod. civ. del Guatemala, art. 2232.

(2) Confr. Cod. civ. del Guatemala, art. 2225, n. 2, e art. 2229.

(3) Confr. Cod. civ. del Guatemala, art. 2233.

Digitized by Google

è convenzione contraria, tale presunzione ha luogo per il fideiussore o per i fideiussori anche non commercianti, che garantiscono un' obbligazione commerciale (Cod. comm. it., art. 40), salva la prova contraria, e salva la solidarietà speciale che esiste per legge fra i debitori cambiarî (1).

162. — *c*) Si ha il *fideiussor indemnitatis* allorquando il fideiussore non si obbliga originariamente per l'intero debito, ma soltanto per ciò che il creditore non potrà avere dal debitore principale (2).

163. — *d*) Si ha il *fideiussor fideiussoris (Afterbürge; certificateur)* quando una persona garantisce, di fronte al *creditore*, per colui che ha mallevato un debito. In altri termini è *fideiussor fideiussoris* (che i moderni chiamano anche *fideiussor succedaneus*) colui che interviene a maggior sicurtà del creditore col garantire l'adempimento dell'obbligazione assunta dal primo fideiussore (3); la quale ultima obbligazione ha, di fronte a quella del *fideiussor fideiussoris*, il carattere di obbligazione principale (4).

164. — *e*) Si ha il fideiussore del regresso *(Rückbürge)* quando una persona si obbliga a garantire al fideiussore il

(1) Vedi *ultra*, nella *Parte Speciale*.

(2) L. 41; pr. L. 63 D. *h. t.*; L. 52 D. *eod.*; L. 116 D. *de verb. oblig.*, 45, 1 — Codice austriaco, § 1348; federale svizzero, art. 408. Vedi Hering, *op. cit.*, cap. IV. n. 61, p. 41 e confr.: Vangerow, III, § 578; Wächter, II, § 222, A, III, 5, p. 510-511; Galdi, p. 36-37.

(3) L. 8, § 12; L. 27, § 4, D. *h. t.* Confr.: Codice civ. it., art. 1901; francese, art. 2014; spagnuolo, art. 1823; portoghese, art. 821; neerlandese, art. 1860; federale svizzero, art. 497; chileno, art. 2335; messicano, art. 1815; columbiano, art. 2361; dell'Uruguay, art. 2063.

In diritto francese il *fideiussor fideiussoris* che, il Baudry-Lacantinerie e il Wahl, n. 925, p. 448, chiamano *fideiussor succedaneus*, ha il nome di *certificateur* (Cod. proc. franc., art. 1355).

Nella dottrina germanica tale fideiussore è detto *Afterbürge*. Vedi Baron, *Pandekten*, § 260, III, p. 439: « Wohl zu unterscheiden ist der Afterbürge (*fideiussor fideiussoris* in den Quellen, *fideiussor succedaneus* bei den Noueren) d. h. derjenige, welcher sich bei dem Gläubiger für den Bürgen verbürgt; der Umfang seiner Verbindlichkeit bestimmt sich nach der Verpflichtung des Bürgen ». Vedi anche: Müller und Meikel, *Das bürgerl. Recht in seiner neuen Gestaltung*, München, 1899, I, § 149, p. 400-401.

(4) Vedi *retro*, n. 60.

Digitized by Google

rimborso di quanto quest'ultimo potrà essere costretto a pagare per il debitore principale (1).

L'obbligazione del fideiussore garantito ha anche qui, di fronte a quella del garante, il carattere di obbligazione principale.

Tanto nel caso della *fideiussio fideiussionis* come in quello della *fideiussione del regresso* si hanno più malleverie, ma non per la medesima obbligazione; epperò tali figure non vanno confuse con la *pluralità di fideiussori* per la stessa obbligazione.

165. — Per conseguire il pagamento del debito insoddisfatto, il creditore ha azione non solo contro il fideiussore, ma altresì contro il fideiussore di quest'ultimo, ove il fideiussore garantito sia inadempiente e il secondo fideiussore siasi obbligato direttamente verso il creditore a pagare nel caso di inadempienza del fideiussore garantito. Ossia il creditore ha azione contro il secondo fideiussore, ove questi sia un *fideiussor fideiussoris* in senso proprio (2).

166. — Ma il creditore non ha invece azione contro il fideiussore del regresso (detto da taluni *fideiussor succedaneus*) qualora il primo fideiussore non paghi. Perocchè il fideiussore del regresso si obbliga non verso il creditore ma direttamente verso il fideiussore a tenere quest'ultimo indenne dalle azioni creditorie. Epperò il creditore essendo estraneo al rapporto interceduto tra il primo fideiussore e il secondo, non può agire contro il fideiussore del regresso. Il solo fideiussore garantito, che di fronte al fideiussore del regresso è come un creditore, può agire contro quest'ultimo, il quale non può invece pretendere l'escussione del fideiussore garantito (3).

È poi evidente che il creditore ha azione verso il *fide-*

(1) Per questa specie di malleveria non vi sono, in diritto romano, regole speciali. Vedi: Windscheid, § 481; Baron, *loc. cit.*: « Rückbürge ist der Bürge, welcher dem Bürgen des Hauptschuldners behufs Sicherung seines Regreszrechts an den letzteren gegeben wird; der Umfang seiner Verpflichtung ergiebt sich aus dem Regreszanspruch des Bürgen ». Vedi inoltre Müller und Meikel, *op. cit.*, § 149, p. 400.

(2) Confr. Mirabelli, *Della fideiussione* (vol. unico nell'opera *Il diritto civile italiano*, esposto per cura di P. Fiore), Napoli, 1894, n. 21, p. 427.

(3) Confr. Mirabelli, *op. cit.*, n. 21, p. 427.

Digitized by Google

iussor indemnitatis perché questi si obbliga direttamente verso lui nella misura di quanto il creditore non possa ottenere dal debitore; onde l'azione del creditore verso il fideiussore è fondata se tenda a conseguire tale differenza.

167. — *f*) Nel diritto romano ebbero una parte importante le *cautiones* fra cui la *cautio judicatum solvi*.

Nel latino la parola *cautio* ha vari e differenti significati.

La *cautio* può essere costituita per creare addirittura il rapporto giuridico e specialmente per dar vita ad un'azione nel caso in cui l'azione non sussisterebbe per tale rapporto.

Può darsi cauzione per assicurare la prova del rapporto, per togliere questioni relative all'ammontare del debito o all'estensione di esso.

Si può dare cauzione per rafforzare il vincolo.

E finalmente si può dare cauzione per assicurare l'esecuzione del diritto, come nella cauzione odierna (1).

S'aggiunga che *cautio* significa anche assai spesso il documento scritto in cui si è preso atto della cauzione verbale promissoria prestata (2).

Varî poi sono i modi coi quali le *cautiones* possono esser date. Si ha la *cautio promissoria*, volontaria o imposta, alle parti, dal pretore, mediante la quale si costituisce l'azione per i rapporti che devono esser difesi mediante azione e che non l'hanno. Si ha ancora la *cautio iuratoria* consistente in una obbligazione personale della parte, confermata dal giuramento (§ 2, Ist., *de satisdat*, IV, 11). E finalmente la *cauzione reale*, assicurante l'adempimento dell'obbligazione e consistente specialmente nella prestazione di mallevadori (nel diritto giustinianeo fideiussori: *cautio fideiussoria* (3).

Si deve avvertire che quantunque oltre alla detta cauzione fideiussoria esista un'altra forma di garanzia reale che

(1) Scialoja, *Procedura civile romana*. Lezioni redatte dai dott. Mapei e Nankini, Roma, 1894, p. 83-84. Per le fonti: Gaio, IV, §§ 88-102; Paolo, *Sent.*, V, 9; Ist., *de satisdat.*, IV, 11; Dig. *qui satisd. cog.*, II, 8; Dig. *de stipul. praet.*, XLVI, 5; Cod. *de satisdando*, II, 57.

(2) Scialoja, *op. cit.*, p. 85.

(3) Scialoja, *op. cit.*, p. 84-87. Per la *cautio fideiussoria* vedi: L. 1, *qui satisdare*, II, 8; L. 7, *de stipulat. praet.*, XLVI, 5; L. 61, 188, § 1, *de verb. sign.*

Digitized by Google

è quella del pegno e dell'ipoteca (*cautio pignoraticia*) (1), tuttavia, quando si tratta di cauzione reale, si deve intendere, in generale, la cauzione mediante fideiussori, e non mediante pegno o ipoteca; il che è una caratteristica del diritto romano (2).

La cauzione fideiussoria, come ogni cauzione reale, si dice anche *satisdatio*. La cauzione reale va generalmente unita alla cauzione promissoria « perchè si imporrà ad uno di promettere e di garentire poi l'esecuzione della sua promessa mediante fideiussori o mediante pegno » (3).

Nella procedura *in jure* le *cautiones* avevano grande importanza in quanto, nelle azioni reali, il convenuto doveva dare cauzione all'attore per il soddisfacimento della condanna eventuale. Nella *legis actio sacramento* v'erano i *praedes litis et vindiciarum* che colui il quale aveva ricevuto dal pretore le *vindiciae* ossia il possesso interinale della cosa doveva dare all'altra parte per garantire la restituzione della cosa e del doppio dei frutti· Nella procedura per *sponsionem* v'era la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* (4).

Nella procedura formulare (*formula petitoria*) per la proprietà e per la *hereditatis petitio* era dovuta la *satisdatio* o *cautio judicatum solvi* che si trova per tutto il periodo formulare ed è modificata soltanto nel diritto giustinianeo. Questa *cautio iudicatum solvi* è una promessa fatta mediante stipulazione da parte del convenuto verso l'attore, garantita mediante mallevadori che assicuravano la restituzione della cosa o della somma della condanna. Oltre a ciò la detta *cautio* garantiva l'adempimento per parte del convenuto di

(1) L. 4, § 8, *de fid. libert.*, XL, 5; L. 1, § 9, *de collat.*, XXXVII, 6.

(2) Scialoia, *op. cit.*, p. 87. « È uno dei fatti caratteristici del diritto romano questo, che la garantia è preferibilmente data mediante fideiussori anzichè mediante pegno o ipoteca; almeno è uno dei caratteristici tratti del diritto romano classico, perchè nel diritto romano della decadenza e nel giustinianeo la garantia reale col pegno e coll'ipoteca prende un'estensione sconosciuta al diritto precedente, e si arriva ad un nuovo genere di garantia pignoratizia, che è quella del pegno e dell'ipoteca legale, della quale nella legislazione giustinianea c'è stato un abuso smoderato, producendo numerosissimi inconvenienti in pratica ».

(3) Id., *op. cit.*, p. 87-88.

(4) Id., *op. cit.*, p. 234.

Digitized by Google

quanto le regole della procedura gli imponevano, ed anche l'assenza del dolo (1).

Nelle azioni personali, per regola, non occorreva tale cauzione, ma in alcuni casi il convenuto doveva prestare la *cautio judicatum solvi* anche nelle dette azioni, o per la natura dell'azione che si faceva valere in giudizio o per la qualità sospetta del convenuto stesso (2).

Nelle azioni personali l'attore, così come nelle azioni reali, non era tenuto a dar cauzione, nè doveva darla il *cognitor* che agiva per lui; mentre il *procurator* doveva dare la *satisdatio dominum ratam rem habiturum* (3).

Se il convenuto si presentava personalmente in giudizio per azioni personali, era obbligato a dar cauzione soltanto in certi casi determinati dal pretore (4).

168. — Assolutamente diversa dalla *cautio judicatum solvi* romana è la garanzia che in Francia ha lo stesso nome, e consiste nella garanzia che ogni *straniero*, attore principale o intervenuto, deve fornire per assicurare il pagamento delle spese e dei danni-interessi, risultanti dal giudizio, e a cui egli potrebbe essere condannato (Cod. civ. franc., art. 16; Cod. proc. civ. franc., art. 166) (5). Tale garanzia non è invece imposta in Italia, allo straniero che adisce l'autorità giudiziaria; egli è infatti ammesso dall'art. 3 Cod. civ. it. al godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini italiani.

(1) Scialoja, *op. cit.*, p. 234-235, dal quale riproduciamo anche la formola della *satisdatio iudicatum solvi*, ricostruita dal Lenel nel suo *Editto Perpetuo*: « Iudicatum solvi eamque rem boni viri arbitratu defendi, quando ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse spondesne? Spondeo ».

(2) Id., *op. cit*, p. 235-236 e seg. Vedi Gaio, IV, §§ 88, 99.

(3) Id., *op. cit.*, p. 238. Vedi Gaio, IV, §§ 100, 101.

(4) Id., *op. cit.*, p. 239. Vedi Gaio, IV, § 102.

(5) Vedi: Brunet, *La caution judicatum solvi*, Paris, 1848, n. 4, p. 11-13; Fuzier-Herman, *Rép. général alphab. du droit français*, t. IX, voce: *caution judicatum solvi*, n. 1 e seg., con la bibliografia ivi riportata; le norme relative al modo di fornire la detta garanzia (n. 128-138), all'estensione della garanzia ed a ciò che deve garantire (n. 139-151) e con la legislazione comparata. Ivi si nota (n. 4) che la *cautio* francese ha comune con la romana soltanto il nome passato nell'antico diritto francese in un momento in cui ognuno si compiaceva di attaccare al diritto romano tutte le istituzioni.

Digitized by Google

Ricordiamo, da ultimo, che in diritto francese, la garanzia fornita dallo straniero deve, in massima, consistere nell'intervento d'una persona che si obbliga al pagamento della somma determinata dal giudice. Tale garanzia è ricevuta secondo il modo e la procedura prescritti dagli art. 518 e seg. Cod. proc. civ. franc. Ma la legge francese (Cod. proc. civ., art. 167) autorizza la sostituzione, alla garanzia personale, di una garanzia reale, ad es. una somma di denaro o un pegno sufficiente.

Capo IV.

DEFINIZIONE DELLA FIDEIUSSIONE.

Sommario: 169. Varie denominazioni della fideiussione. — 170. Partizione delle definizioni.

169. — Va notato, in primo luogo, che mentre oggi il contratto di cui trattiamo si denomina col vocabolo *fideiussione*.(1) (francese: *cautionnement*; tedesco: *Bürgschaft*; spagnuolo: *fianza*), nel diritto antico ebbe dai giureconsulti anche altri nomi (2) e non sempre appropriati. In Grecia fu detto ἐγγύη (3).

Fu detto pure *satisdatio* e *intercessio* « intercedere enim, « dice Hering (4), est alienam obligationem recipere, hoc est, « se vel res suas obligare pro alio ».

Si disse anche talvolta *intervenire per fideiubere* quantunque *interventio* abbia un senso più largo di *fideiussio* (5).

Si usarono anche i vocabili *accessio* « nam rei obligatio

(1) Sull'etimologia del vocabolo *fideiussio* che si fa derivare da due parole: *fides* e *iussio*, sicchè *fideiubere idem est quod fide sua iubere*, vedi Hering, *op. cit.*, che dedica a tale ricerca l'intero capo II della sua opera, n. 1 e seg.

(2) Hering, *op. cit.*, cap. III, n. 27 e seg.

(3) Vedi *retro*, n. 5.

(4) Hering, *loc. cit.* Per la *satisdatio* vedi *retro*, n. 167.

(5) Id., n. 28.

Digitized by Google

« principalis quid est ad quod fideiussor accedit » (1), e *plegium* o *plegiatio* (2).

I fideiussori si trovano designati altresì col nome di *adpromissores* « sic dicti quod idem promittant » oppure perchè « adpromittere..... quadammodo est id quod promissum est « iam ante a reo, amplius adpromittere »; oppure perchè, interpretando la particella *ad* nel senso di *post*, *adpromittere* vale: promettere dopo il principale obbligato (3).

Talvolta i fideiussori sono chiamati *auctores secundi*, come quando prestano garanzia nella vendita per l'evizione « sicut « enim venditor primus est auctor a quo jus in nos transit, « ita fideiussor est auctor secundus qui fide sua primam « auctoritatem adauget » (4).

Anche le voci *praedes* e *vades*, secondo quanto ci attesta Hering (5) seguìto dal Troplong (6), si trovano adoperate impropriamente nel senso di *fideiussores*.

E da ultimo vanno ricordati i vocaboli *sponsio* e *sponsor* usati essi pure nel diritto comune quali sinonimi di *fideiussio* e *fideiussor* « nam quos nostrî fideiussores hodie appellant, « illi antiquitus sponsores dicebantur » (7). Alcuni interpreti negarono tuttavia che *sponsor* fosse sinonimo di *fideiussor* e definirono lo *sponsor* siccome colui che « non rogatus pro « alio fideiubet », mentre altri, fra i quali Hering (8), sostengono essere irrilevante che il mallevadore si obblighi *non rogatus* ovvero *rogatus*, poichè si ha in ambi i casi una vera *fideiussio*. Dal che risulta che le dette parole *sponsio* e *sponsor* dovettero perdere nel diritto comune il loro significato originario, di guisa che si trascurò la storica distinzione già notata fra *sponsio* e *fideiussio*.

170. — Posto ciò, l'esame precedente del contenuto e della natura della fideiussione ci permette di ricercarne la definizione.

(1) Hering, n. 29.
(2) Vedi *retro*, n. 27 e seg.
(3) Hering, n. 37 a 39.
(4) Id., n. 40.
(5) *Op. cit.*, n. 41 e seg.
(6) *Op. cit.*, n. 10.
(7) Hering, n. 30 e seg.
(8) *Op. cit.*, n. 32 e seg., cogli altri interpreti ivi citati.

Digitized by Google

Esamineremo le principali definizioni e descrizioni che di tale contratto furono date.

Analizzeremo:

1° le definizioni o le descrizioni *legislative*;

2° le definizioni o le descrizioni *dottrinali*.

E suddivideremo le dottrinali in:

a) definizioni dottrinali *generiche*, in quanto si limitano a dare un concetto generico del nostro istituto;

b) definizioni dottrinali *specifiche*, in quanto tendano a determinarne i caratteri specifici.

Sezione I.

Definizioni legislative.

Sommario: 171. Legislazione romana. — 172. Codice svedese. — 173-175. Legislazioni di tipo tedesco. — 176-178. Legislazioni di tipo francese. — 179-182. Legislazioni americane. — 183. Codice giapponese.

171. — I legislatori, in generale, non dànno una vera definizione del nostro contratto, e, più che a definire la *fideiussione* tendono a descrivere il *fideiussore* o gli effetti del contratto.

La legge 1, § 8, D. *de obligat. et act.*, 44, 7, ritrae il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria in questi termini: « *Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno; qui autem alieno nomine* (1) *obligatur, fideiussor vocatur; et plerumque ab eo quem proprio nomine obligamus, alios accipimus qui eadem obligatione teneantur, dum curamus ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur* ».

172. — Riguardo ai Codici moderni non tutti definiscono la fideiussione. Così è per il Codice svedese, il quale al § 8, cap. X del *Titre du commerce*, si limita a porre il principio che « tout garant d'une dette doit la payer à « defaut du débiteur principal . . . . . ».

173. — Fra le legislazioni moderne di tipo tedesco il Codice civile austriaco al § 1346 così si esprime: « Quegli

(1) Per la critica di questa espressione vedi i nn. 58 e 59.

Digitized by Google

che si obbliga di soddisfare il creditore nel caso in cui il debitore principale non adempia alla sua obbligazione chiamasi fideiussore, e la convenzione fatta fra esso e il creditore dicesi contratto di sicurtà. Il primo debitore in questo caso rimane ancora sempre debitore principale, e il fideiussore vi si aggiunge soltanto come debitore accessorio ».

Non è una vera definizione, ma il carattere accessorio e sussidiario di tale obbligazione è chiaramente espresso.

174. — Meno preciso è il Codice federale svizzero delle obbligazioni, che all'art. 489 dichiara « fideiussione l'obbligo che una persona assume presso il creditore d'un terzo, debitore principale, di farsi garante pel soddisfacimento del debito di quest'ultimo », senza porre in rilievo il carattere sussidiario dell'obbligazione.

175. — Questa medesima osservazione vale per il § 765 del Codice civile dell'Impero Germanico, che a differenza del Codice prussiano (§ 178), il quale non dava una vera definizione, dà questa formula: « Col contratto di fideiussione il fideiussore si obbliga, in confronto del creditore di un terzo, a stare per l'adempimento dell'obbligazione del terzo » (1). Definizione che pecca di indeterminatezza ed è meno felice di quella, anch'essa imperfetta, che dava il Codice bavarese, § 2: « La caution contracte l'obligation de payer à la place du « débiteur si le débiteur ne paye pas » (2).

176. — Fra le legislazioni di tipo francese, il Codice civile italiano, all'art. 1898, ha accolto integralmente la dichiarazione dell'art. 2011 del Codice civile francese che non costituisce una definizione, ma indica soltanto — ed esattamente — gli effetti del contratto, senza però indicare la natura dell'obbligazione: « Celui qui se rend caution d'une « obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette « obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

Definizione già adottata in Italia prima del Cod. cit., dall'abrogato Cod. civ. sardo (art. 2044), e, sostanzialmente,

(1) Vedi: Gerhard von Buchka, *op. cit.*, § 21, p. 141; Müller und Meikel, *op. cit.*, vol. I, § 146, p. 393-394; Gertmann, *op. cit.*, § 765, p. 490; Enneccerus und Lehmann, *op. cit.*, vol. I, § 322, p. 688 e seg.; Endemann, *op. cit.*, I, § 190, p. 859-862.

(2) Traduz. cit.

Digitized by Google

anche dal Cod. civ. estense (art. 2025); parmense (art. 1883); e seguìta da altre legislazioni moderne vigenti, fra le quali il Codice neerlandese (art. 1857), e il diritto musulmano (articolo 936) che dà della fideiussione un concetto analogo a quello del diritto francese.

177. — Fra le legislazioni cantonali svizzere (le citiamo, come si disse, per il valore storico da esse conservato, per quanto riguarda la fideiussione, dopo l'approvazione del citato Codice federale), alcune di tipo francese, quali il Codice del Cantone di Vaud (art. 1493), avevano adottata la formola francese. Ma altre, di tipo tedesco, sancirono un principio sostanzialmente difforme.

Così era per il Codice del Cantone di Berna, che è di tipo tedesco (art. 910), secondo il quale « celui qui se rend caution est *solidaire* avec le débiteur pour le payement de la dette ». Principio che si collega con l'altro espresso dall'art. 912, per il quale « il faut une stipulation expresse pour que le créancier discute d'abord le débiteur » (1).

178. — Formalmente diverse, ma sostanzialmente non più precise della formola francese, sono le formole adottate da altre legislazioni di tipo francese, come il Codice civile portoghese e lo spagnuolo.

Il Codice portoghese così si esprime all'art. 818: « L'exécution des obligations résultant des contrats peut être garantie par un tiers qui s'oblige à payer pour le débiteur si celui-ci n'exécute pas ce à quoi il s'est engagé. — C'est ce qu'on appelle cautionnement ».

E il Codice spagnuolo all'art. 1822: « Par le cautionnement, une personne s'oblige à payer ou à faire pour un tiers, dans le cas où ce tiers ne le fait pas ».

179. — Fra le legislazioni americane, mentre talune, come il Codice di Haiti (art. 1775), seguono sostanzialmente la formola francese, altre hanno una definizione propria, che merita di essere citata. Così il Codice della Luigiana all'articolo 3004 ha dato una definizione che è tra le migliori accolte dalle legislazioni modellate sulla francese: « Le cautionnement est une promesse accessoire, par laquelle une

(1) Vedi *retro*, n. 106.

Digitized by Google

personne s'engage pour une autre qui est déjà obligé, et se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui même ».

Ma benchè migliore delle altre la formola è difettosa: 1° in quanto parla di *promessa* accessoria, anzichè di *obbligazione* accessoria; 2° in quanto dichiara che il fideiussore si obbliga per un' altra persona *che è già obbligata*, mentre la fideiussione può prestarsi anche per una persona che sarà obbligata soltanto più tardi (1).

180. — Pregevole per la semplicità, ma incompleta come la formola francese, è la definizione data dal Codice dell'Uraguay (art. 2063): « Fianza es la obligacion de pagar ó cumplir por un tercero en el caso de que este no lo haga »; definizione quasi identica a quella del Codice del Messico (art. 1813): « Fianza es la obligacion que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si hesta no lo hace », e non molto dissimile da quella del Codice del Guatemala (art. 2218): « Fianza es un contrato por el cual una persona se compromete á responder por las obligaciones de otra, para el caso de que esta no las cumpla ».

181. — Meno breve, ma esatta, è la definizione del Codice della Columbia (art. 2361) che è, a nostro avviso, la migliore di tutte le definizioni legislative, ed è così espressa: « La fianza es una obligación accessoria, en virtud de la cual uno ó mas personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor à complirla en todo ó parte, se el deudor principal no la cumple ».

182. — Con minor chiarezza il Codice argentino (articolo 1986) aveva, prima del columbiano, dichiarato che: « Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria ».

183. — Citiamo, da ultimo, il vigente Codice del Giappone (art. 446), la cui definizione poco si differenzia da quella del Codice francese, con la quale per ciò ha comune il difetto già notato: « La caution est obligée à l'exécution de l'obligation du débiteur principal, au cas ou celui-ci ne l'exécuterait pas lui même ».

(1) Vedi *ultra* in questa *Parte Generale*.

Digitized by Google

Sezione II.

Definizioni dottrinali.

§ 1.

Definizioni dottrinali generiche.

Sommario: 184-187. Definizioni di Accursio, Marsili, Corsi, Cuiacio, Troplong.

184. — Poichè nella legislazione romana non si trova una definizione precisa, gli interpreti escogitarono varie formole.

La prima è di Accursio (1), che definisce non la fideiussione, ma il fideiussore, siccome colui che *pro alio fidem suam astringit*. Al quale concetto si accosta la formola di Angelo de Clavasio (2): *fideiussor est qui pro alienis debitis intercedit*. Definizioni evidentemente incomplete in quanto accennano confusamente al carattere accessorio (*pro alio; pro alienis debitis*) dell'istituto senza dire quale sia l'effetto e quale la *condizione* dell'obbligazione fideiussoria.

185. — La *definitio* Hostiensis (3) seguita fra gli antichi interpreti da Ippolito de Marsiliis (4) è più precisa delle precedenti: *fideiussor est ille qui alienam obligationem in suam suscipit fidem, principali tamen debitore remanente obligato*.

Dalla quale definizione poco si allontana la seguente che il Corsi (5) accetta senza indicarne esattamente l'origine (tale non essendo quella della L. 1, § 8, D. *de obligat. et act.*, 44, 7, da lui citata fra parentesi): *stipulatio qua quis alterius obligationem ad maiorem creditoris securitatem in fidem suam recipit, ita tamen ut principalis quoque maneat obligatus*.

(1) In Hering, *op. cit.*, cap. III, n. 3.

(2) Ivi.

(3) In Hering, *op. loc. citt.*

(4) *Tractatus de fideiussoribus*, n. 2, p. 388 del volume contenente il *Tractatus de fideiussoribus* di Hering (Augustae Taurinorum, apud Jo. Dominicum Tarinum, 1615).

(5) *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile*, 3ª edizione, Bologna, 1893, cap. I, p. 2-3.

Digitized by Google

Anche queste due definizioni, benchè meno generiche, peccano per difetto, poichè non fissano abbastanza chiaramente la caratteristica della fideiussione che consiste nell' obbligo di pagare se il debitore non paghi. L' espressione *in suam suscipit* (o *recipit*) *fidem* è troppo vaga. Va tuttavia notato che in esse si rileva, indirettamente, il carattere accessorio in quanto si dice che la fideiussione lascia sussistere l'obbligazione principale.

186. — Anche la formula di JACOBUS CUIATIUS (1) non può essere compresa tra le specifiche, quantunque contenga, come le ultime due, un accenno indiretto al carattere sussidiario della fideiussione e chiarisca come il fideiussore si obblighi non *nomine alieno*, ma *suo nomine* (2) « *fideiussor est non qui nomine debitoris, sed qui pro debitore, suo nomine, stipulanti promittit, citra novationem* ».

187. — Da ultimo va compresa nella categoria delle definizioni generiche anche quella di TROPLONG (3), il quale, pur accettando la definizione del Codice francese, presenta questa formula che è meno precisa delle ultime, benchè di tanto più antiche : « La fideiussione è un contratto col quale una persona aggiunge la sua fede all'obbligazione contratta dalla fede altrui ».

§ 2.

Definizioni dottrinali specifiche.

SOMMARIO : 188-191. Definizioni di HERING, POTHIER, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, GUILLOUARD. — 192. Nostra definizione.

188. — Bisogna risalire fino ad HERING per trovare un tentativo di definizione precisa. Questo autore propone, con una lunga dimostrazione, la seguente formola : « *fideiussio est stipulatio seu sponsio qua quis pro debitore aliquo, fidem suam, citra novationem, interponendo, ad debiti solutionem in subsidium obligatur* » (4).

(1) In HERING, *op. cit.*, cap. 3°, n. 7-26.

(2) Vedi, su questo punto, *retro*, n. 58 e 59.

(3) TROPLONG, *Della fideiussione*, n. 1, p. 301, traduz. ital., Napoli, edit. Regina, 1879.

(4) HERING, *op. loc. citt.*, n. 8, p. 16.

Digitized by Google

Questa formula ha il merito di rilevare in forma specifica il *fine* della fideiussione (*ad debiti solutionem*) e la sua *natura* di obbligazione sussidiaria e accessoria (*in subsidium obligatur* e *citra novationem interponendo*). Ha tuttavia il difetto di non esprimere con precisione maggiore la condizione sotto la quale il fideiussore si obbliga; perocchè la frase in *subsidium* è, sotto questo aspetto, troppo vaga.

189. — Pothier (1) insegna che « la fideiussione è un contratto col quale taluno si obbliga per il debitore verso il creditore a pagargli in tutto o in parte ciò che questo debitore gli deve, accedendo alla sua obbligazione ».

Questa definizione è esatta come quella di Hering per ciò che riguarda la natura accessoria dell'obbligazione, bene espressa dalla parola *accedendo*; è difettosa anch'essa per quanto concerne la condizione del pagamento.

190. — Il Baudry-Lacantinerie e il Wahl (2) scrivono che la fideiussione è un contratto col quale un terzo garantisce l'esecuzione d'un'obbligazione vincolandosi a pagare se il debitore non lo faccia, e salvo il regresso verso quest'ultimo. Definizione che riproduce quasi integralmente il concetto dell'art. 2011 Cod. franc. di cui ha per conseguenza i difetti, quantunque sia più completa in quanto tiene conto del regresso.

191. — Migliore di tutte le precedenti è la definizione del Guillouard (3) per il quale la fideiussione « è un contratto unilaterale, accessorio, gratuito per sua natura, nel quale una persona, detta fideiussore, si obbliga di fronte a un creditore a soddisfare gli obblighi che il debitore ha assunto, se questi non li compie egli stesso ».

Se non che questa formula ha, secondo il nostro avviso, il difetto di inchiudere nella definizione i caratteri della *gratuità* e della *unilateralità* che sono *naturali* non *essenziali* (4), mentre ad una definizione conviene l'indicazione di ciò soltanto che costituisce l'essenza del rapporto contemplato.

192. — La definizione della fideiussione ad essere precisa per quanto è possibile, deve indicare la natura della obbliga-

(1) *Op. cit.*, t. II, n. 366.
(2) *Op cit.*, n. 909, p. 439.
(3) *Op. cit.*, n. 6, p. 10.
(4) Vedi *retro*, n. 118-123.

Digitized by Google

zione; il suo contenuto; l'oggetto; la condizione con la quale il fideiussore si obbliga. Non è poi necessario nè opportuno che essa accenni anche al beneficio di escussione poichè questo non è essenziale per la fideiussione; nè al regresso del fideiussore verso il debitore, poichè l'azione di regresso ha la sua base non nel contratto di fideiussione, ma o nel mandato, o nella gestione d'affari (1).

Ciò posto noi diciamo che la fideiussione è una obbligazione accessoria sussidiaria e connessa, con la quale una persona, detta fideiussore, si obbliga verso un creditore, a soddisfare, in tutto o in parte, un'obbligazione assunta da un debitore principale, se questi non la soddisfaccia egli stesso.

La dimostrazione di questo concetto risulta dallo svolgimento precedente dei caratteri della fideiussione.

Capo V.

CLASSIFICAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE.

Sommario: 193. Partizione.

193. — Determinati il contenuto e la natura della fideiussione e stabilita la sua definizione, si può ricercare quale posto le spetta fra i contratti. Esamineremo la questione:

a) nelle legislazioni;

b) nella dottrina.

Sezione I.

Classificazioni legislative.

Sommario: 194. Partizione delle classificazioni legislative. — 195. Primo sistema. — 196. Secondo sistema. — 197. Terzo sistema. — 198. Quarto sistema. — 199-203. Esame critico dei vari sistemi legislativi.

194. — Nelle legislazioni troviamo adottati quattro criterii di classificazione:

(1) Vedi la *Parte Speciale*.

Digitized by Google

Il primo colloca la fideiussione tra i contratti di beneficenza;

Il secondo la contempla fra le guarentigie assicuranti i contratti;

Il terzo ne fa un contratto speciale, collocandola in un titolo a sè stante.

Il quarto colloca la fideiussione in una sezione dei diritti di credito dedicata al diritto di credito con pluralità di parti.

195. — Seguirono il primo sistema: il Codice parmense che contempla la fideiussione nel tit. VI della parte III (dei contratti) intitolato: *Dei contratti di beneficenza;* e il Codice estense che ne tratta al tit. VII della parte III (dei contratti) denominato: *Dei contratti di liberalità*. Per questi due Codici la fideiussione è disciplinata accanto alla donazione, al comodato, al mutuo, al deposito, al mandato.

196. — Seguono la seconda classificazione: 1° il Codice austriaco che tratta della fideiussione nel capitolo I della parte III (delle disposizioni comuni ai diritti delle persone ed ai diritti sulle cose) intitolato: *Dell'assicurazione dei diritti e degli obblighi*, accanto al pegno; 2° il Codice portoghese che ne tratta nel titolo I, libro II, denominato: *Dei contratti e delle obbligazioni in generale*, al capitolo X, intitolato: *Della fideiussione e della garanzia dei contratti*, accanto al pegno, ai privilegi e alle ipoteche.

197. — La terza classificazione, che fa della fideiussione un contratto speciale, a sè stante, trovasi adottata dal Codice francese (titolo XIV, lib. III), seguito dal Codice albertino (tit. XVIII, lib. III); dal vigente Codice italiano (tit. XXI, lib. III); dal Codice spagnuolo (tit. XIV, lib. IV); dal Codice federale svizzero delle obbligazioni (tit. XX); dal Codice civile dell'impero germanico promulgato il 18 agosto 1896 (tit. XVIII della sezione settima, lib. II, intitolata: *Rapporti singoli di debito*).

Nel Cod. civ. chileno la fideiussione che segue al titolo dei delitti e quasi-delitti, precede il pegno, l'ipoteca e l'anticresi (libro IV, tit. 36); mentre in quello del Perù si trova dopo questi tre contratti.

Nel Cod. civ. della Repubblica Argentina la fideiussione, contemplata nel libro II, tit. X, è collocata tra il mandato e

Digitized by Google

i contratti aleatori; nel Cod. civ. del Guatemala sta fra il mandato e la gestione d'affari (libro III); nel Cod. civ. del Venezuela segue i contratti aleatori e precede il pegno, l'anticresi, i privilegi e le ipoteche.

Il Cod. civ. del Messico colloca la fideiussione nel titolo 6° del libro terzo (dei contratti), prima dell'ipoteca, del pegno e dell'anticresi, e dopo i titoli dei contratti in generale, delle diverse specie di obbligazioni, della estinzione delle obbligazioni e della loro rescissione e nullità. La fideiussione inizia in tal modo, anche nel citato Codice, la serie dei contratti di garanzia, quantunque di questi non siasi fatto un capo speciale così intitolato.

Anche nel Codice civile della Columbia la fideiussione, che costituisce il tit. 35° del libro IV (delle obbligazioni in generale e dei contratti), tiene il primo posto fra i contratti di garanzia; ma non è compresa, neppure in questo Codice, in un apposito capitolo dedicato a tali contratti i quali invece costituiscono, come nel Codice del Messico, titoli autonomi.

Nel Cod. civ. dell'Uraguay la fideiussione è collocata senza alcun criterio sistematico, fra il mandato e la transazione, restando così distaccata dal pegno, dall'ipoteca e dall'anticresi, che costituiscono i titoli 14°, 15° e 16° della parte 2ª del libro IV (delle obbligazioni), mentre la fideiussione ne costituisce il titolo 9°.

198. — La quarta classificazione è adottata dal Codice civile giapponese in cui il contratto in discorso trovasi nel libro III (del diritto di credito), capo I, *Disposizioni generali*, Sezione III, del diritto di credito con pluralità di parti, § 4.

199. — Il primo criterio — quello che annovera la fideiussione tra i contratti di beneficenza — si fonda sopra un carattere non essenziale alla fideiussione. È ben vero che ordinariamente questa ha luogo a titolo gratuito tra il debitore e il mallevadore, essendo un atto *bonitatis et humanitatis*; ma la fideiussione non perde nulla della sua natura se il fideiussore riceva un prezzo per la prestata malleveria. La gratuità, come dicemmo altrove, è naturale ma non essenziale; sicchè non v'è ragione sufficiente per annoverare la fideiussione fra i contratti di liberalità, come a nostro avviso, e per lo stesso motivo, non si possono ascrivere ai contratti di tal natura, neppure il mutuo, il mandato e il deposito.

Digitized by Google

Notiamo poi che i citati Codici parmense ed estense avendo posto la fideiussione fra i contratti di beneficenza, dovettero escluderla dal titolo relativo ai *modi di assicurare le obbligazioni* (tit. VIII, lib. 3), con manifesta incoerenza, non essendovi ragione di comprendere in tale titolo l'anticresi, il pegno, il sequestro, i privilegi e le ipoteche, e non la fideiussione che è anch'essa una guarentigia delle obbligazioni.

200. — Le legislazioni, che hanno fatto della fideiussione un titolo a sè stante nella serie dei contratti, non hanno obbedito — escluse talune — a un criterio sistematico.

Il Codice francese, dopo aver trattato nei titoli V-XIII, dei contratti principali, contempla al titolo XIV la fideiussione, con che parrebbe voler iniziare la serie dei contratti di garanzia. Se non che, senza alcun fondamento, rompe subito dopo questa serie intercalando, tra la fideiussione e le altre guarentigie delle obbligazioni, la transazione.

Meritano pure disapprovazione il Codice federale svizzero delle obbligazioni che ha collocato a caso la fideiussione tra il contratto di deposito e il giuoco e la scommessa; il Cod. dell'Uraguay che la colloca fra il mandato e la transazione, e i Codici del Guatemala e argentino che pure non hanno seguìto un criterio razionale.

Nè sistematica è la classificazione adottata dal Codice germanico che si limita a comprendere la fideiussione tra *i rapporti singoli di debito*, senza tener conto dei peculiari suoi caratteri, e collocandola, senza ragioni plausibili, tra il giuoco e la scommessa e la transazione.

201. — Sfuggono invece, al notato difetto, il Codice spagnuolo, il Codice del Messico ed il Codice della Columbia, nei quali la fideiussione inizia, come nel Codice del Basso Canadà, la serie ininterrotta dei contratti di garanzia (fideiussione, pegno, ipoteca e anticresi). Se non che crediamo che la classificazione per essere veramente sistematica avrebbe dovuto comprendere tutti i citati contratti in un Capo speciale consacrato alle guarentigie delle obbligazioni, e ciò per le ragioni che diremo fra breve.

202. — Non si sottrae affatto al notato errore di distribuzione il Codice italiano, la cui classificazione è tra le più difettose: 1° perchè in esso la fideiussione, che è guarentigia

Digitized by Google

personale, separa con la sua collocazione, il pegno dall'ipoteca e dal privilegio, che essendo guarentigie reali avrebbero dovuto andare l'una di seguito all'altra; sicchè, logicamente, la fideiussione avrebbe dovuto precederle o seguirle; 2° perchè tra la fideiussione e le ipoteche fu senza plausibile ragione inserito il titolo della trascrizione.

203. — La quarta classificazione, seguita dal Codice giapponese, è ispirata ad un criterio sistematico in quanto comprende la fideiussione nel concetto del diritto di credito con pluralità di parti. Ma questo concetto non può, a nostro avviso, essere assunto a base di una classificazione perchè la pluralità di parti nel diritto di credito non è l'elemento specifico della fideiussione, il contenuto della quale è invece decisivo nella presente indagine. Il che meglio apparirà dalla seguente critica delle classificazioni dottrinali.

Sezione II.

Classificazioni dottrinali.

Sommario: 204. Partizione dei sistemi dottrinali. — 205. Primo sistema. — 206. Secondo sistema. — 207. Terzo sistema. — 208. Quarto sistema.

204. — Nella dottrina le principali classificazioni possono ridursi a quattro:

1ª quella che riporta la fideiussione al principio della *obbligazione unica con più coobbligati*;

2ª quella che si fonda sul concetto delle *obbligazioni connesse*;

3ª quella che risale al principio delle *obbligazioni accessorie*;

4ª la classificazione che colloca la fideiussione tra le *guarentigie* assicuranti l'adempimento delle obbligazioni.

205. — La prima classificazione che riporta la fideiussione al principio della *obbligazione unica con più obbligati* insieme con l'obbligazione solidale tra più coobbligati principalmente, è inaccettabile perchè fondata su concetti erronei, come appare dalle ragioni da noi esposte nel n. 68, alle quali ci riferiamo, notando soltanto ancora una volta che tale dottrina è contraria al principio della distinzione del rapporto accessorio

Digitized by Google

dal rapporto principale, essendo che fa di entrambi una assurda obbligazione *unica*.

206. — La dottrina del Giorgi (1) che riporta la fideiussione al concetto delle *obbligazioni connesse*, e precisamente alla connessità risultante dalla riunione di più obbligazioni intorno a un medesimo oggetto, in modo che questo debba essere prestato una volta sola e che un solo pagamento estingua tutte le obbligazioni, è invece fondata sopra un concetto in sè esatto, in quanto la connessità è fra gli elementi essenziali della fideiussione (2), e ne fissa la natura.

Se non che noi crediamo che a ben classificare la fideiussione convenga fondarsi non sopra la sua natura giuridica, bensì sopra il suo contenuto. È questo contenuto quello che costituisce, come s'è veduto, l'*elemento specifico* della fideiussione stessa che è la *guarentigia* di una altrui obbligazione; laddove la *connessità* costituisce soltanto l'*elemento generico*. Questo elemento non caratterizza abbastanza il nostro rapporto, e non deve, pertanto, essere assunto a base di una classificazione la quale è destinata a presentare invece l'elemento più caratteristico del nostro istituto.

207. — Per le ragioni ora esposte respingiamo altresì il sistema che comprende la fideiussione nel concetto delle *obbligazioni accessorie*, sistema dovuto a Pothier (3), il quale tratta della fideiussione in un capitolo intitolato: *Delle obbligazioni accessorie dei fideiussori e delle altre che accedono a quella del debitore principale*. Infatti il carattere accessorio è bensì essenziale alla fideiussione ma non ne costituisce il contenuto, ossia l'elemento specifico che è dato invece dal suo carattere di garanzia.

208. — Per quanto precede, crediamo che il sistema più esatto sia quello che classifica il nostro contratto fra le guarentigie assicuranti l'adempimento delle obbligazioni, le quali, come si disse, possono consistere sia in un diritto di obbligazione come in un diritto reale.

(1) *Teoria delle obbligazioni*, vol. II, n. 449-450.
(2) Ci riferiamo, per i particolari che non occorre ripetere, al titolo II.
(3) *Op. cit.*, cap. VI, p. 124.

Digitized by Google

TITOLO II.

ISTITUTI AFFINI

Sommario: 209. Quadro degli istituti affini. — 210. Principî direttivi.

209. — Poichè la fideiussione ha per contenuto una garanzia di una obbligazione, e presuppone un debito principale, ed è garanzia personale, avviene che questi suoi elementi presentano delle affinità con altri istituti, dei quali importa il segnare le analogie e le differenze tra essi e la fideiussione stessa.

È quanto ci accingiamo a fare confrontando la fideiussione coi seguenti istituti: 1° il *constitutum debiti alieni*; 2° il mandato di credito; 3° il mandato ordinario e la gestione d'affari; 4° l'espromissione e la delegazione; 5° la promessa del fatto altrui; 6° il pegno e l'ipoteca in generale; 7° la costituzione di pegno per debito altrui; 8° la costituzione di ipoteca per debito altrui; 9° l'obbligazione del condebitore semplice e la solidarietà; 10° il contratto di assicurazione in generale e la fideiussione onerosa; 11° l'assicurazione contro l'insolvibilità; 12° la donazione e la fideiussione gratuita; 13° lo star del credere; 14° l'avallo; 15° l'obbligazione del girante cambiario; 16° la cauzione dei contabili dello Stato e dei Comuni.

210. — Va premesso che, poichè nella pratica, il determinare se un contratto racchiude una fideiussione, oppure un'altra specie di obbligazione, può dar luogo a difficoltà, giova ricordare che: 1° il giudice in questa materia, deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè stare al senso letterale delle parole (Cod. it., art. 1131); 2° la fideiussione non si presume, ma dev'essere

Digitized by Google

espressa (1); 3° la fideiussione non può essere estesa oltre i limiti nei quali fu contratta (2); 4° il giudice non deve escludere la fideiussione se risulti chiara dalla obbligazione la volontà di mallevare; 5° se esista dubbio circa l'intenzione di una persona di obbligarsi come fideiussore, o circa l'estensione che essa ha voluto dare alla sua garanzia, il giudice non deve interpretare il dubbio a favore del creditore e contro il fideiussore (3).

SEZIONE I.

« Constitutum debiti alieni ».

SOMMARIO: 211. Differenze tra questa promessa e la *fideiussio*.

211. — Alla *fidejussio* era simile, in diritto romano, il *constitutum debiti alieni*, ossia promessa di pagare al creditore un debito altrui e che dà luogo all'*actio constitutae pecuniae* o *constitutoria* (4). Infatti il *constitutum* presuppone anch'esso una obbligazione (5) e dà vita ad un'obbligazione accessoria a carico del costituente (6) senza distruggere l'antica e senza superarla (7). Differisce però sotto l'aspetto della forma perchè non è necessaria come per la fideiussione la forma solenne della stipulazione, oggi non più prescritta (8); perchè non è nullo se si promette puramente il pagamento di un debito condizionato (9); o una somma maggiore di

(1) Vedi *ultra* in questa *Parte Generale*.

(2) *Idem*.

(3) Confr.: GUILLOUARD, n. 37, 40, con le sentenze delle Corti francesi ivi citate; BAUDRY-LACANTINERIE et VAHL, n. 921, p. 445, e n. 922, p. 446.

(4) D. *de pec. const.*, 13, 5; Cod. 4, 18. Vedi: PUCHTA, *op. cit.*, §§ 265 e 276; VANGEROW, *op. cit.*, § 579; DERNBURG, *op. cit.*, § 77; BARON, *op. cit.*, § 258, n. 2, p. 434; BRINZ, *op. cit.*, § 257; WÄCHTER, *op. cit.*, § 222, B, p. 511; ARNDTS-SERAFINI, *op. cit.*, § 351; WINDSCHEID, *op. cit.*, § 476. Confronta: GEIB, *op. cit.*, § 11, p. 180-185.

(5) L. 1, § 1, 6-8; l. 3, § 1; L. 18, § 1, D. *h. t.*

(6) L. 18, § 3, D. *h. t.*

(7) L. 11, § 1; L. 12, 13, D. *h. t.*

(8) L. 14, § 3, D. *h. t.*

(9) L. 19 pr., § 1, D. *h. t.*

Digitized by Google

quella del debito principale (1), essendo che, nel primo caso, si considera aggiunta tacitamente la condizione, nell'altro diminuita la somma, e perchè si può validamente promettere in luogo diverso da quello stabilito nell'obbligazione principale, o in un tempo più breve, o ad altri invece che al creditore attuale, od anche un oggetto diverso (2).

Sezione II.

Mandato di credito.

Sommario: 212. Necessità di un'ampia trattazione. — 213. Diritto attico. — 214. Diritto romano. — 215. Legislazioni moderne civili e commerciali.

212. — I trattatisti della fideiussione odierna tralasciano di esaminare con la voluta ampiezza i rapporti tra il nostro istituto e il mandato di credito (3). Ma poichè fra l'uno e l'altro contratto esistono rapporti strettissimi, e poichè il mandato di credito vive ancor oggi, specialmente nelle relazioni commerciali, non si può relegare l'analisi dei detti rapporti fra gli studî storici, quasi che tale contratto avesse importanza soltanto per il diritto romano; mentre

(1) L. 11, § 1, D. *h. t.*

(2) L. 3, § 2; L. 4, 5 pr.; L. 5, § 2; L. 1, § 5, D. *h. t.*

(3) Non mancano però studî speciali sul mandato di credito. Vedi specialmente: Sokolowsky, *Die Mandatsbürgschaft, nach römischem und gemeinem Recht*, Halle, 1891; Geib, *op. cit.*, § 10, p. 149-176; Oesterley, Ueber *das mandatum qualif.*, Gött. Diss., 1890-1891. Consulta inoltre per il dir. civ. attuale: *Protokolle d. Komm. für B. G. B.* II, 485; Haidlen, *op. cit.*, I, § 865 e seg.; Gertmann, *op. cit.*, § 778, p. 504; Rothenberg, *Der Kreditauftrag*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 27°, 1891, p. 323-347; Müller und Meikel, *op. cit.*, vol. I, § 146, p. 394; Enneccerus und Lehmann, *op. cit.*, § 323, I, p. 690; Endemann, *op. cit.*, § 190, p. 860-861 e nota 6; Gerhard von Buchka, § 21, p. 141. E per il dir. romano: Mühlenbruch, *op. cit.*, § 428; Puchta, *op. cit.*, §§ 265 e 275; Vangerow, *op. cit.*, § 580; Dernburg, *op. cit.*, § 77; Baron, § 258, n. 3, p. 434-435; Brinz, *op. cit.*, § 257; Wächter, *op. cit.*, § 222 C, p. 512; Maynz, § 264; Arndts-Serafini, *op. cit.*, § 352; Windscheid, *op. cit.*, § 412 e 476, 8ª ediz. dove sono citati in nota 3ª, p. 1011: Babeau, *Du mand. pec. credendae*, Th. de Paris, 1893; Courtray, Id. de Paris, 1895. Per il dir. commerciale: Thöl, *op. cit.*, § 296, p. 435-441.

Digitized by Google

più d'una fra le moderne legislazioni ha dettato norme speciali a tale argomento.

213. — Il mandato di credito era conosciuto anche nel diritto attico, come appare da un caso contemplato in una orazione di DEMOSTENE contro Lacritos: Androcles ha prestato denari ad Artemone, fratello di Lacritos, dietro la raccomandazione di quest'ultimo e sulla sua promessa che tutte le obbligazioni assunte verso Androcles nell'atto di prestito sarebbero fedelmente eseguite (1). E più tardi Androcles agì contro Lacritos non in quanto questi era erede d'Artemone, poichè Lacritos aveva rinunciato a tale successione, ma in quanto Lacritos era un *mandator* (2). Dal che risulta perciò che il mandatario, in forza del mandato di credito, acquistava il diritto d'essere indennizzato dal mandante delle conseguenze che potevano nascere a suo carico dall'esecuzione del mandato, qualora il terzo non soddisfacesse i suoi impegni.

Un altro caso di mandato di credito si trova nell'orazione di DEMOSTENE contro Nicostrato (3).

214. — Nella legislazione romana quando taluno accetta l'ordine di dare a credito ad un terzo, in proprio nome, e per proprio conto, il rapporto che da ciò nasce costituisce una forma speciale di mandato *aliena tantum gratia*, contraddistinta con la denominazione di *mandatum pecuniae credendae* o *mandatum qualificatum*. Il mandatario era obbligato verso il mandante, per l'*actio mandati directa*; mentre il *mandator*, per l'*actio mandati contraria*, era responsabile verso il mandatario per il pagamento del suo credito, sorto con l'esecuzione del mandato (4).

Però se la forma era quella del mandato, nella sostanza si poteva avere, come si vedrà, una vera e propria fideiussione di un debito altrui futuro o già esistente. La quale eguaglianza sostanziale del mandato di credito e della fide-

(1) DEMOSTENE, *contro Lacritos*, §§ 15 e 44.

(2) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. IV, p. 376-377, Paris, 1897.

(3) BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 260 e IV, p. 377.

(4) § 6, J. *De mand.*, 3, 26; L. 6, § 4; L. 12, §§ 13, 14; L. 21 *in f.*; L. 28, D. *mand.*, 17, 1.

Digitized by Google

iussione risulta anche dalla frequente unione nelle fonti, delle parole *mandator* e *fideiussor* (1).

215. — Fra le legislazioni moderne ha fatto del mandato di credito un contratto a sè stante il Codice federale svizzero delle obbligazioni; mentre le legislazioni di tipo francese tacciono completamente circa tale rapporto. Il Codice civile argentino e il Codice civile germanico, preceduto in ciò dal *Landrecht* prussiano, contemplano invece il detto contratto congiuntamente alla fideiussione, ossia non come contratto autonomo.

Le legislazioni puramente commerciali non contemplano il mandato di credito come contratto autonomo, ma talune disciplinano la specie più importante in cui esso si estrinseca che è la *lettera di credito*, come è per i Codici di commercio: spagnuolo, messicano, argentino, chileno; mentre i Codici commerciali francese, italiano, germanico, rumeno e russo tacciono sia riguardo al mandato di credito come alla lettera di credito.

Nella dottrina mentre una scuola considera il mandato di credito come una vera e propria fideiussione confondibile con questa in diritto odierno, un'altra scuola prevalente tiene distinti i due contratti (2).

Ciò posto esamineremo la questione: *a*) nella legislazione e dottrina civili; *b*) nella legislazione e dottrina commerciali.

§ 1.

Il mandato civile di credito.

Sommario: 216. Codice federale svizzero delle obbligazioni. — 217. Codice civile argentino. — 218. *Landrecht* prussiano. — 219. Nostra opinione. — 220. Codice svizzero e germanico. — 221-223. Dichiarazione *espressa* della volontà di rispondere per il pagamento. — 224. Obbiezioni di Pothier - Confutazione. — 225. Opinione del Geib - Confutazione. — 226. Obbiezione del Maynz - Confutazione. — 227. Obbligazione *nomine alieno* e *suo nomine*. — 228. Obbiezione del Brinz - Confutazione. —

(1) Serafini in Arndts, *Trattato delle Pandette*, vol. II, § 352, nota 2.
(2) Vedi gli autori citati in questa sezione.

Digitized by Google

229. Conclusione. — 230. Dichiarazione *tacita* della volontà di garantire il pagamento.

216. — Il Codice federale svizzero delle obbligazioni che qui consideriamo fra le legislazioni civili soltanto per ciò che interessa il diritto civile, regola separatamente la fideiussione e il mandato di credito, e fa di quest'ultimo una forma speciale del contratto di mandato, dedicandovi il § IV del titolo del mandato stesso (art. 418-421) mentre consacra alla lettera di credito il § III dello stesso titolo e cioè non comprende quest'ultima nel mandato di credito (1).

Tuttavia il citato Codice riconosce esplicitamente nella obbligazione del mandante la sostanza di una obbligazione fideiussoria se il credito sia stato accordato sotto responsabilità del mandante. Art. 418: « Ove alcuno abbia ricevuto ed accettato il mandato di aprire o rinnovare credito ad un terzo, in nome proprio e per proprio conto, ma sotto responsabilità del mandante, questi *è tenuto come fideiussore* pel debito del terzo, purchè il mandatario non abbia ecceduto i limiti del mandato di credito.

« Per questa responsabilità del mandante occorre la forma scritta del contratto ».

Art. 419: « Il mandante non può opporre al mandatario l'eccezione che il terzo fosse personalmente incapace di contrarre il debito ».

Art. 420: « La responsabilità del mandante cessa qualora il mandatario abbia arbitrariamente accordato dilazione al terzo o trascurato di procedere in suo confronto in conformità alle istruzioni del mandante ».

L'art. 421, che è l'ultimo del citato paragrafo, contiene una conferma del principio dichiarato all'art. 418: « I rapporti giuridici tra il mandante ed il terzo cui fu accordato il credito soggiacciono alle disposizioni che regolano i rapporti giuridici tra il fideiussore e il debitore principale ».

217. — Per il Cod. civ. argentino (art. 2007) che ha il merito della precisione: « Las cartas de crédito no se reputan fianza sinò cuando el que las hubiese dado declarase expresamente que se hacia responsable por el crédito ».

(1) Vedi *ultra*, n. 235.

Digitized by Google

218. — Il *Landrecht* prussiano, al § 213 dichiarava essere vincolato come fideiussore colui il quale dichiara che si può far credito a una persona determinata. Questa dichiazione poteva essere fatta verbalmente purchè la somma del credito fosse al disotto di 50 scudi; doveva farsi per iscritto se eccedeva tale somma (1).

Per il vigente Codice civile germanico il quale comtempla il mandato di credito alla fine dello stesso titolo della fideiussione § 778: « Chi incarica altri di fare in proprio nome e per proprio conto, credito ad un terzo, risponde verso l'incaricato dell'obbligazione del terzo, risultante dalla concessione di credito, quale fideiussore ». Il § 680 del Progetto (2) dello stesso Codice aggiungeva: « in quanto non risulti una diversa volontà dei contraenti ». La quale aggiunta ci sembra che avrebbe potuto essere opportunamente conservata nel testo definitivo, per le ragioni che diremo più oltre.

219. — Noi crediamo che quando il mandato di credito è civile, ossia quando ha una causa civile, l'obbligazione del mandante, contenuta nel mandato di credito, sia una obbligazione fideiussoria, sottoposta alle regole relative alla responsabilità dei fideiussori, a condizione che sia stata *espressa* nel contratto, (come opportunamente prescrive il Cod. civ. argentino articolo cit.), la volontà del mandante di essere responsabile sussidiariamente verso il mandatario del pagamento del credito sorto con l'esecuzione del mandato. Altrimenti si ha una obbligazione di mandato (3). Dicemmo: a condizione che la volontà del mandante sia stata « espressa »; perocchè, per principio generale di diritto contrattuale, il consenso può essere manifestato in modo *espresso* e in modo *tacito;* e noi escludiamo invece che, in materia di fideiussione e di man-

(1) Confronta Lehr, *Éléments de droit civil germanique*, n. 226, p. 273, Paris, 1875.

(2) Vedi i *Motive zu dem Entwurfe* ecc., t. II, § 680, p. 683.

(3) Dei rapporti fra il mandante e il terzo (debitore) non dobbiamo occuparci. Notiamo soltanto che se il mandante ha dato il mandato di credito per incarico del debitore (come accade ordinariamente) egli è mandatario di lui; se ha dato il mandato senza incarico, ma per fare un servizio al debitore, egli è un *negotiorum gestor*. Vedi, per il diritto commerciale, Thöl, *op. cit.*, § 296, p. 441.

Digitized by Google

dato di credito civili, la volontà di garantire il pagamento possa essere manifestata in modo tacito.

A determinare pertanto la natura giuridica dell'obbligazione del mandante conviene contemplare separatamente: *a*) il caso in cui nel contratto sia stata manifestata *in modo espresso* la volontà del mandante di rispondere del pagamento del credito; *b*) il caso in cui nel contratto stesso tale volontà sia stata manifestata *in modo tacito*.

220. — Va premesso che mentre per il Codice svizzero delle obbligazioni (art. 418 capov.) e per il Codice germanico (§ 766) la volontà del mandante di garantire il pagamento deve risultare da uno scritto, per le legislazioni di tipo francese, compresa l'italiana, la detta volontà può risultare sia da una convenzione scritta come da una convenzione verbale.

221. — Ciò posto esaminiamo la nostra prima ipotesi. Il mandante dichiara al mandatario: presta L. 1000 a Caio; io garantisco il pagamento del credito che nascerà a tuo favore. Può sembrare che l'obbligazione del mandante costituisca un'obbligazione di mandato ordinario vero e proprio; perocchè se colui che diede l'ordine rimane garante della restituzione, è però egli stesso l'autore principale, il promotore dell'obbligazione che garantisce; egli adunque non ha soltanto acceduto a questa obbligazione; ma ha fatto assai più: l'ha posta in essere con l'ordine di dare a credito ad un terzo «*fortius etiam quam reliqui intercessores*, dice *il* MÜHLENBRUCH (1) *obligatur qui suasit quodammodo ut cum alio contraheretur*» ecc.

Onde parrebbe che il carattere del rapporto fosse quello del mandato, e che si dovessero applicare le regole sancite pel mandato medesimo.

222. — Nonostante ciò opiniamo che il rapporto di diritto di cui si tratta costituisca una obbligazione fideiussoria. In realtà l'obbligazione di colui che si dice mandante consiste nell'obbligo di garantire, a colui che si chiama mandatario, il credito che sorgerà in seguito all'esecuzione dell'ordine di dare a credito qualche cosa ad un terzo; ed è precisamente

(1) *Doctr. Pandect.*, § 428, p. 408, Bruxelles, 1838. Confr. CORSI, *op. cit.*, cap. I, § 3, p. 4.

Digitized by Google

nella volontà e nell'obbligo di garantire un debito altrui, già esistente od anche futuro, che consiste l'essenza della fideiussione quale è regolata nel diritto moderno (1).

Il mandante è il fideiussore; il mandatario è il creditore; il terzo che riceve a credito qualche cosa è il debitore; di fronte al mandatario, ossia creditore, il debitore principale è il terzo, mentre mandante, o fideiussore, è il debitore accessorio che è tenuto a pagare solo in mancanza del principale obbligato. Abbiamo in ciò i caratteri della fideiussione.

E come l'obbligazione fideiussoria non è, a rigore, identica al debito principale perchè il fideiussore non si obbliga per un *idem* principale, ma per un *idem* accessorio (2), così quella del mandante non è identica a quella del terzo; e ciò per la stessa ragione (3).

S'aggiunga che sia il fideiussore come il mandante sono obbligati non in forza d'una promessa principale di adempimento, ma in forza d'una assunzione accessoria di garanzia (4).

223. — La fideiussione può aver luogo non solo per mandato del debitore, ma altresì senza ordine e senza saputa del debitore medesimo (5), essendo essa un contratto che intercede direttamente fra creditore e fideiussore. Nel rapporto di cui ci occupiamo, trattasi appunto di una fideiussione che può essere stipulata senza ordine del debitore principale, il quale, in questo caso è il terzo che riceve a credito. Come la natura giuridica della fideiussione non si altera quando il fideiussore in luogo di obbligarsi per mandato del debitore principale. si rende garante dietro richiesta fattagli dal creditore, così la fideiussione non perde il suo carattere allorquando il fideiussore spontaneamente si costituisce responsabile per il pagamento del debito. Il mandato pertanto non è il vero contenuto del contratto, ma è il mezzo per costituire il contenuto vero del contratto medesimo, che è una obbligazione fideiussoria. Il mandato di credito, se bene si consideri, non è, nella nostra

(1) Confr. Arndts-Serafini, *op. cit.*, § 353, p. 434 e nota 3, p. 435.
(2) Vedi *retro*, n. 66.
(3) Confr. Geib, *op. cit.*, § 10, n. 2, p. 151.
(4) Confr. Geib, *op. cit.*, § 10, n. 2, p. 151.
(5) Vedi *ultra*.

Digitized by Google

ipotesi, una forma speciale del mandato, ma una forma speciale della fideiussione; fideiussione in seguito a mandato; e si potrebbe anche denominarlo, quantunque ciò non sia necessario, fideiussione di credito; denominazione che non si presta ad equivoci, perchè stabilisce chiaramente la natura giuridica del rapporto di diritto in esso contenuto.

224. — Detto ciò, esaminiamo le obbiezioni. La obbligazione del fideiussore, dice POTHIER (1), non è che un semplice accessorio della obbligazione del debitore principale, ed ha per causa quella del debitore principale medesimo; mentre la obbligazione del *mandator*, quantunque abbia lo stesso oggetto di quella del terzo, cui fu prestata la somma, nondimeno non è un puro accessorio di quella del debitore, perocchè essa ha una causa diversa da quella della obbligazione di quest'ultimo: ed è il contratto intervenuto tra mandante e mandatario. Questo contratto non è un semplice contratto accessorio come la fideiussione, ma è un contratto principale; la obbligazione adunque derivante da tale contratto, che è obbligazione *ex causa mandati* ha una causa distinta da quella dell'obbligazione del debitore, che è obbligazione *ex causa mutui*.

Questo ragionamento non è esatto. La *causa obligandi* nella fideiussione è identica a quella del mandato di credito. Se, ad es., Tizio si costituisce fideiussore verso Caio per una somma che questi ha prestato a Sempronio, la causa dell'obbligazione di Tizio, alla pari di quella di Sempronio alla quale Tizio ha acceduto, è, normalmente, la volontà di rendere un servigio garantendo il prestito da Caio fatto a Sempronio.

La *causa obligandi* nel mandato di credito è la stessa: non è il contratto interceduto fra mandante e mandatario: lo scopo immediato, diretto che ha determinato l'obbligazione del *mandator* è, normalmente, come nella fideiussione, la volontà di rendere un servigio garantendo il prestito fatto da Caio a Sempronio. Il mandato è la forma esteriore della obbligazione, che garantisce questo prestito e nulla più.

L'obbligazione del *mandator* è pertanto *accessoria* a quella

(1) *Op. cit.*, t. II, n. 447, p. 249-250.

Digitized by Google

del debitore, avendo essa la stessa causa; ed il contratto intervenuto fra mandante e mandatario è un contratto accessorio come la fideiussione.

Suppongasi che Tizio dica a Caio: so che Sempronio vuole ottenere da te una somma di denaro a titolo di mutuo; se tu gli concedi tale somma io resto fideiussore per lui verso di te. Si ha, in tal caso, la figura della fideiussione. Suppongasi invece che Tizio dica a Caio: ti ordino di dare a Sempronio la somma x di denaro a mutuo, e mi obbligo personalmente a restituirtela se, alla scadenza convenuta, Sempronio non estinguerà il proprio debito. In tale ipotesi il contratto potrà bensì chiamarsi, per la forma in cui viene concluso, mandato di credito; ma la sostanza è uguale a quella del primo contratto, poichè l'obbligazione di Tizio è una vera fideiussione, ed il contratto è anche in questo caso puramente accessorio.

E infatti si ha la figura della obbligazione accessoria, a prescindere da altri casi, quando il rapporto di diritto che ne costituisce il contenuto è diretto a garantire l'adempimento di una obbligazione principale (1). In base a questo concetto si dice appunto che la fideiussione è un'obbligazione accessoria e sussidiaria, in quanto il suo contenuto è una guarentigia di un'altra obbligazione, la quale vincola il fideiussore a soddisfare il debito principale qualora il debitore non vi soddisfaccia egli stesso.

Il contenuto del mandato di credito è identico: è una guarentigia che il mandante (fideiussore) assume a favore di altra obbligazione, che è quella del terzo (debitore principale); garanzia per la quale il mandante medesimo è tenuto a soddisfare l'obbligazione del terzo, se questi non vi soddisfa.

La fideiussione, per il suo carattere di obbligazione accessoria, non può sussistere senza una valida obbligazione principale; la obbligazione del mandante presuppone anch'essa l'esistenza di un debito principale. Supposto, ad esempio, che l'obbligazione del principale debitore sia giuridicamente inesistente, non si può parlare di obbligazione fideiussoria; dato che l'obbligazione del terzo sia giuridicamente inesi-

(1) Vedi *retro*, n. 56.

Digitized by Google

stente, non si può parlare di obbligazione fideiussoria a carico di chi abbia dato l'ordine di far credito.

Ci sembra pertanto che si disconosca il vero concetto dell'obbligazione accessoria quando si afferma che l'obbligazione del *mandator* non è come la obbligazione fideiussoria un vincolo accessorio della obbligazione principale: non v'è infatti anche sotto questo rapporto nessuna differenza fra i due istituti.

225. — Più recentemente il Geib (1) è giunto ad altre conclusioni. Per esso, anche se esista una obbligazione principale, l'obbligazione del *mandator* non si trasforma in una garanzia accessoria e sussidiaria o addirittura nell'obbligazione fideiussoria. Il *mandator*, anche nella detta ipotesi, resta sempre obbligato soltanto in conformità dei principî comuni del mandato. La sua obbligazione non è mai un vincolo accessorio, ma è sempre una obbligazione autonoma; perocchè ciò che il *mandator* deve prestare non è ciò che il debitore principale deve (*ein accessorisches idem*), ma è risarcimento di danno che il creditore ha sofferto, fra altro anche per il mancato adempimento, « wegen Entwertung oder Verlusts seiner Forderung ».

Noi riferendoci alle esposte ragioni, respingiamo questa dottrina. Se il *mandator* non ha manifestato *in modo espresso* la volontà di garantire, e se, in conseguenza, la sua obbligazione è quella di un mandante e sottoposta ai principî comuni del mandato, è indubitabile che essa è un'obbligazione autonoma perchè il mandante nell'ipotesi fatta, non garantisce per un *idem*, ma si obbliga in via principale a tenere indenne il creditore. Se, al contrario, il *mandator* ha manifestata *in modo espresso* la volontà di garantire l'adempimento, egli è senza dubbio obbligato in via accessoria, e sussidiaria, perchè si vincola a pagare se il debitore principale non pagherà; ed è pertanto obbligato come fideiussore che sarà eventualmente tenuto non già a titolo di risarcimento di danni, ma a titolo di fideiussione e dovrà prestare quell'*idem* accessorio che ha promesso.

(1) *Op. cit.*, § 10, n. 2, p. 153.

Digitized by Google

226. — Per negare il carattere accessorio dell'obbligazione del mandante il MAYNZ (1) si appiglia ad un altro argomento. Il mandato qualificato, egli dice, non suppone punto per nascere, che esista una obbligazione da garantire; anzi, al contrario precede regolarmente questa obbligazione, o almeno non si concepisce dopo la creazione di quest'ultima; l'obbligazione del *mandator* non è dunque un'obbligazione accessoria.

A parte che anche la fideiussione può precedere l'obbligazione da garantire, potendo essere prestata anche per una obbligazione futura (L. 6, § 2, D. *de fidei. et mandat.* 46, 1) (2), noi crediamo che in questa proposizione esista un equivoco. Altra cosa è il dire che si può stipulare un contratto di mandato qualificato, senza che l'obbligazione che il mandante garantisce esista attualmente, ed altro è l'affermare che l'obbligazione del mandante può sussistere senza un'altra obbligazione principale. Vero è che il contratto di mandato qualificato precede l'obbligazione da garantire e che non si può neppure concepire dopo la creazione della medesima; come è detto chiaramente nella L. 12, § 14, D. *mand.* 17, 1: « *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait* ». Ma è evidente che l'obbligazione del mandante non può sussistere se non quando esiste un'altra obbligazione principale, che è l'obbligo del terzo, il quale ha ricevuto a credito dal mandatario, di soddisfare a quest'ultimo il credito posto in essere con l'esecuzione del mandato. Il contenuto della obbligazione del mandante consiste nella garanzia che egli presta per lo adempimento di un'altra obbligazione; per tale contenuto essa è obbligazione accessoria, e l'essere il mandato di credito costituito in precedenza all'obbligazione principale, non toglie affatto il carattere accennato. Pertanto, quando gli autori, come HERING (3), MARSILI (4), VOET (5), DOVERI (6),

(1) *Cours de droit romain*, t. II, § 264, p. 441-442, Bruxelles, 1887.
(2) Vedi *ultra*.
(3) *Tractatus de fideiussoribus*, cap. 18, n. 3, p. 198.
(4) *Tractatus de fideiussoribus*, n. 6.
(5) *Comment. ad Pandect.*, VI, lib. 46, n. 40, p. 147, Venetiis, 1828.
(6) *Istit. di dir. rom.*, vol. II, § 528, p. 378, 2ª ediz., Firenze, 1886.

Digitized by Google

il citato MAYNZ (1), stabiliscono una differenza tra il mandato qualificato e la fideiussione, per ciò che il mandato, a differenza della fideiussione, deve sempre precedere l'obbligazione, non accennano ad una differenza sostanziale, ma ad un fatto che non influisce menomamente sulla natura giuridica e sopra l'essenza dei due contratti, perocchè riguarda soltanto il tempo in cui l'obbligazione comincia a sussistere.

227. — Un'altra differenza si vuole da taluni stabilire quanto all'indole dell'obbligazione. In una nota apposta ad una sentenza della Corte d'appello di Potenza, in data 27 gennaio 1868 (2) è scritto che l'obbligazione del *mandator*, diversifica, nell'indole, da quella del fideiussore, il quale si obbliga *nomine alieno*, mentre il *mandator* si vincola *suo nomine*.

Il concetto è antico; già HERING (3) lo esprimeva con queste parole: « *mandator enim, non loco rei est, sed alius quidam reus et praeterea non alieno, sed suo nomine obligatur et solvit; quod se aliter habet in fideiussore* ».

Ma noi abbiamo già dimostrato essere erronea l'opinione che il fideiussore si obblighi *nomine alieno*; al contrario egli si obbliga *suo nomine* (4) alla pari del *mandator*; onde la pretesa differenza tra l'obbligazione dell'uno e quella dell'altro non esiste.

(1) *Op. cit.*, n. 151.

(2) *Annali della giurispr. ital.*, III, 2, 148. Questa sentenza accolse la massima che colui, per la cui commessione o esortazione, alcuno presta ad altri denari, derrate o mercanzie, è il *mandator pecuniae credendae* non altrimenti che un fideiussore soggetto all'azione *mandati* per parte del prestatore, da cui fu tale commessione eseguita.

(3) *Op. cit.*, cap. 20, n. 24, p. 220.

(4) Vedi *retro*, n. 58-59. Confr. GEIB, *op. cit.*, § 10, n. 2, p. 152 « Eine eigene Obligation ist es, die der Mandator so gut wie der Bürge erfüllen muss. Die Möglichkeit sich auch durch Erfüllung nicht seiner eigenen Schuldigkeit, sondern derjenigen des Hauptschuldners zu liberieren besteht — und zwar unter denselben Umständen — sowohl für den Mandator als für den fideiussor ». Si noti che il GEIB sostiene la distinzione del mandato di credito dalla fideiussione. Vedi quanto scrive al § 10, n. 1, p. 149-151 e n. 2, p. 151-165.

Digitized by Google

228. — Il Brinz (1) dice che il mandato di credito e la fideiussione non si possono confondere nel diritto moderno perchè la fideiussione è una promessa immediatamente obbligatoria; il *mandatum pecuniae credendae* invece permette una volontaria revoca, *re integra*. L'argomento però non è decisivo. E infatti, scrive il Serafini (2), non sarebbe stata possibile forse anche secondo il diritto romano una *fideiussio* per un prestito futuro, con la riserva di revocarla fino al reale pagamento? ad esempio: *centum quos mutuos Titio dabo nisi interea vetueris, eosdem fide tua esse jubes*? E non presterei una cauzione secondo il diritto moderno, se promettessi di rispondere per un prestito da farsi, ove non lo impedissi prima? E se anche, continua il citato autore, abbia garantito senza tale riserva, ma a tempo abbia impedito la effettuazione del mutuo, perchè abbia saputo il mandatario insolvibile, parrebbe non potesse il mutuante eseguire più il mutuo, *periculo meo*.

229. — Le osservazioni fin qui fatte ci inducono pertanto a ritenere che quando nel contratto sia espressa la responsabilità del mandante, l'essenza, la natura giuridica dell'obbligazione del mandante è quella della fideiussione.

230. — Resta a determinare se il mandato civile di credito equivalga ad una fideiussione allorquando la volontà del mandante di garantire il pagamento sia manifestata in modo non espresso, ma tacito.

In diritto civile, la decisione dell'accennata questione dipende, per le legislazioni di tipo francese, dall'interpretazione della regola, secondo la quale « *la fideiussione non si presume, ma dev'essere espressa* » (3).

Se si ammette che con queste espressioni il legislatore ha inteso di dichiarare che la volontà di far malleveria deve essere manifestata, non importa se in modo *espresso* o *tacito*, si può indagare se il mandato di credito, quale fu stipulato dalle parti contenga almeno la *tacita* volontà del mandante di garantire il pagamento.

(1) In Serafini-Arndts, *op. cit.*, § 253, n. 3, p. 435.

(2) *Op. cit., loc. cit.*

(3) Cod. civ. it., art. 1902. Per l'illustrazione di questa regola e per la legislazione comparata vedi *ultra* n. 275 e seg.

Digitized by Google

Se invece si ammette che per l'art. 1902, la volontà di prestar malleveria deve sempre essere dichiarata in modo espresso, con parole, in deroga al principio pel quale il consenso può essere manifestato così in modo espresso come in modo tacito, non si ha allora nel mandato di credito una fideiussione se la responsabilità del mandante non è dichiarata nel contratto in termini espliciti.

Quest'ultima interpretazione dell'art. 1902 ci sembra preferibile per le ragioni che svolgiamo al n. 282, ed alle quali ci riferiamo.

Accolta adunque questa interpretazione, l'ordine dato ed accettato di far credito ad un terzo, allora soltanto costituirà fideiussione e sarà sottoposto alle regole di questo contratto, quando la volontà del mandante di garantire il debito del terzo risulti dichiarata in modo espresso, sia che la garanzia derivi da un contratto scritto, sia che derivi da una convenzione verbale (non essendo prescritta una forma speciale per la fideiussione); altrimenti si avrà un mandato e saranno applicabili le regole di questo contratto, le quali, fra l'altro, escludono per il mandante il beneficio di escussione.

§ 2.

Il mandato commerciale di credito.

A) — Principî generali.

SOMMARIO: 231. Volontà di garantire tacitamente espressa.

231. — La natura dell'obbligazione nascente per il mandante dal mandato di credito commerciale (che è tale se la causa sia commerciale) si determina con principii parzialmente diversi da quelli che determinano la natura della stessa obbligazione quando il mandato di credito è civile (ossia quando ha causa civile).

In materia commerciale, come in materia civile, si deve aver riguardo all'intenzione delle parti: ossia si deve accertare se il mandante abbia voluto costituirsi garante del pagamento, oppure risponderne in qualità di mandante. Ma

Digitized by Google

mentre in materia civile va esclusa la possibilità guiridica che il mandante possa assumere una obbligazione fideiussoria in modo tacito (e ciò per le esposte ragioni), riteniamo al contrario che in materia commerciale l'obbligazione del mandante possa essere fideiussoria ancorchè la volontà di obbligarsi come fideiussore sia stata manifestata soltanto in modo tacito, ossia risulti soltanto dalle circostanze, purchè ciò sia consentito dagli *usi commerciali* (1). Perocchè, in materia commerciale gli usi devono essere applicati ove le leggi commerciali non dispongono, come nel caso in esame, e soltanto in mancanza di essi si applica il diritto civile (Codice comm. it., art. 1).

È poi superfluo ricordare che se l'obbligazione del mandante costituisce una fideiussione commerciale, sono ad essa applicabili le regole proprie di quest'ultima, tra le quali quella che esclude il beneficio di escussione.

B) — La lettera di credito.

Sommario: 232. Mandato di dar credito e mandato di pagare. — 233. Contenuto della lettera di credito. — 234-235. Legislazioni commerciali e Codice svizzero. — 236. L'intenzione delle parti. — 237. Nostra opinione sull'obbligazione di mandato. — 238. Nostra opinione sull'obbligazione di fideiussione. — 239. Necessità di distinguere il mandato dalla fideiussione. — 240. Fideiussione tacita mediante la lettera di credito.

232. — In commercio la determinazione della natura dell'obbligazione che il mandante assume, è importante specialmente in rapporto alle *lettere di credito* o *credenziali* che rappresentano la più importante specie del mandato di credito commerciale. Per risolvere con chiarezza la questione sulla natura dell'obbligazione che assume l'accreditante, conviene innanzi tutto esaminare con precisione il contenuto materiale della *credenziale* quale è oggi usata in commercio.

Conviene innanzi tutto avvertire che la lettera di credito può contenere o il mandato di dar credito, o il mandato di pagare. In questo secondo caso la lettera di credito (o mandato di pagamento) ha sempre la natura giuridica di un man-

(1) Confr. Supino, *Ist. di dir. comm.*, n. 452, Firenze, 1898.

Digitized by Google

dato (1). Di questa forma noi non dobbiamo occuparci perchè non avviene che un mandato di pagamento contenga una obbligazione fideiussoria. Dobbiamo invece determinare la natura dell'obbligazione che sorge a carico di chi rilascia una credenziale contenente un mandato di dar credito (lettre de crédit; cartas ordenes de crédito).

233. — È la lettera di credito uno scritto col quale un commerciante invita un suo corrispondente a tenere a disposizione di una terza persona una determinata somma di denaro e a pagarla poi in quelle somme che gli saranno dal terzo richieste. *Accreditante* dicesi colui che manda l'invito; *accreditatario* chi lo riceve, *accreditato* colui al quale si devono fare i versamenti, e che ha facoltà di richiedere sia tutto l'ammontare della somma, sia una parte soltanto (2).

Generalmente si tratta di una persona che intendendo di recarsi in una città e non volendo portar seco molto denaro si presenta ad un banchiere per avere da lui una credenziale. A tale scopo se quella persona non ha già conto corrente presso il banchiere, dovrà versargli una somma corrispondente a quella per la quale desidera di essere accreditato. Dovrà inoltre pagare al banchiere una piccola provvigione (3).

234. — Mentre i Codici commerciali francese, italiano, rumeno, russo e germanico non contemplano la lettera di credito, questa è oggetto di disposizioni minuziose nelle legislazioni commerciali chilena, spagnuola, argentina (4) e messicana (la prima delle quali è quella che ha dettato le regole più complete), e di disposizioni meno minuziose nel Codice federale svizzero delle obbligazioni.

Di tali disposizioni notiamo soltanto quelle che interessano direttamente il nostro assunto.

Per l'art. 782 del Cod. comm. chileno: « Les lettres de « crédit ont pour objet de réaliser un contrat de change « conditionnel, intervenu entre le donneur de crédit et le

(1) Thöl, *op. cit.*, § 296, nota 3 a p. 435 e § 312, nota 2 a p. 478-479.
(2) Parmetler, *Elementi di computisteria*, Torino, 1877, vol. I, p. 120-122.
(3) Castelnuovo, *Manuale di istit. commerc.*, parte VII, cap. VI, p. 281.
(4) Al legislatore argentino spetta il merito di aver anche contemplato il mandato di credito sotto l'aspetto civile. Vedi *retro*, n. 215.

Digitized by Google

« preneur, et qui ne devient parfait, que lorsque le second « fait usage du crédit qui lui est ouvert par le premier ».

Di regola, per l'art. 787 dello stesso Codice (conformi: Cod. comm. spagnuolo, art. 569 e messicano, art. 570) l'accreditante è obbligato verso l'accreditatario in modo diretto e principale, come un mandante, al rimborso della somma pagata in base alla credenziale: « Le donneur de crédit est « obligé de payer à son correspondant la somme que celui-ci « remet au premier en vertu de la lettre de crédit ».

Ma l'art. 792 della stessa legislazione chilena contempla opportunamente anche l'ipotesi in cui l'accreditante abbia dichiarato soltanto di *garantire*, in modo accessorio, il rimborso della detta somma: « La personne qui exécute une « lettre de crédit n'a pas d'action contre le porteur pour « obtenir de lui le remboursement de la somme qu'elle lui « a remise, à moins qu'il ne résulte des termes de la dite « lettre que son auteur a voulu seulement se constituer « garant de la somme touchée par le porteur » (1).

235. — Per il Codice svizzero delle obbligazioni, articolo 415, che regola la lettera di credito, al § III del tit. XIV, consacrato al mandato: « La lettera di credito con la quale « viene incaricato il destinatario, con o senza fissazione di « un limite massimo, di pagare ad una determinata persona « le somme da essa richieste, soggiace alle regole che val- « gono per l'assegno », il quale è contemplato al § 2 dello stesso titolo del mandato (art. 406-414) (2).

236. — Noi crediamo che per determinare la natura giuridica dell'obbligazione dell'accreditante si debba, in diritto positivo italiano e francese, e nella mancanza di espresse disposizioni legislative, considerare l'intenzione delle parti, la quale può dar vita sia ad una obbligazione fideiussoria come ad un mandato (3).

(1) Confr. *Cod. civ. argentino*, art. 2007 citato.

(2) *Cod. cit.*, art. 406: « Mediante l'assegno viene incaricato l'assegnato di pagare una determinata somma all'assegnatario e questi di riscuoterla in proprio nome ».

(3) Respingiamo pertanto la dottrina del Massé, *Le droit commercial*, t. VI, n. 361 (Paris, 1847), il quale, senza tener conto della intenzione delle parti, afferma che la lettera di credito quando non costituisce un avallo anti-

Digitized by Google

237. — Se risulta che, come avviene di regola, l'accreditante ha inteso di obbligarsi, in via diretta e principale, a rimborsare la somma pagata dall'accreditatario, l'obbligazione dell'accreditante è obbligazione di mandato, e non di fideiussione, la quale è obbligazione accessoria.

Diciamo che ciò si verifica di regola; perocchè, come appare dall'esame testè fatto dei caratteri della odierna credenziale, l'accreditante rilascia, di consueto, la lettera dopo aver ricevuto dall' accreditato la somma ivi scritta. Ossia l'accreditante è, di regola, debitore di tale somma verso l'accreditato, e quindi è naturale che non ne costituisca l'accreditato debitore principale verso l'accreditatario, ma che, al contrario, costituisca debitore principale e diretto sè stesso, in qualità di mandante.

Si supponga una credenziale del seguente tenore:

Torino, 12 giugno 1900.

Ai Sigg. DUVAL e C.,

PARIGI.

La presente vi sarà rimessa dal signor Luigi Rossi, il quale si reca in cotesta città. Se durante il suo soggiorno egli avesse bisogno di denaro, vi prego di somministrargliene fino all'ammontare di franchi tremila, dei quali potrete rivalervi con tratta a mio carico (1), ritirandone le ricevute *per duplo*, di cui mi spedirete la copia.

Vogliate, ecc.

CARLO SACCHI.

La dichiarazione scritta dall' accreditante in questa lettera, che la somma pagata dall'accreditatario sarà rimborsata

cipato, costituisce una fideiussione dell'accreditato di fronte a colui che ha accettato la lettera. Quanto diciamo più oltre nel testo giustifica la diversa nostra affermazione, secondo la quale la credenziale può contenere sia una obbligazione fideiussoria, come una obbligazione di mandato. Confronta la dottrina del THÖL, *op. cit.*, § 296, p. 436-439; del PARDESSUS in DALLOZ, *Rép.*, voce *Effets de commerce*, chap. 8, p. 606; quella del TROPLONG, *Del mandato*, n. 52; del GUILLOUARD, *Traité du mandat*, n. 32; del BAUDRY-LACANTINERIE e del WAHL, *op. cit.*, n. 916, p. 443.

(1) Oppure « dei quali darete debito al mio conto ».

Digitized by Google

direttamente da lui stesso, o per mezzo di tratta o altrimenti, esclude l'obbligazione fideiussoria, e fa nascere invece una vera obbligazione di mandato.

238. — Ma se (caso meno probabile nella pratica commerciale) risulti che l'accreditante ha inteso di obbligarsi in via accessoria a rimborsare la somma, di cui vuole soltanto garantire il pagamento, si ha allora una fideiussione propriamente detta, quantunque la forma possa sembrare ancora quella del mandato. Spetta però al mandante di provare che la sua volontà fu diretta a creare soltanto una responsabilità sussidiaria (1).

Per chiarire il concetto esaminiamo quest' altra credenziale:

Torino, 12 giugno 1900.

Ai Sigg. DUVAL e C.

PARIGI.

Mio figlio Giacomo si reca in cotesta città per stabilirvi un negozio di cartoline illustrate. Poichè gli occorrerà del denaro, vi prego di somministrargliene fino all' ammontare di lire diecimila, delle quali vi risponderò col mio credito.

Aggradite, ecc.

CARLO SACCHI.

Benchè in questa credenziale l' accreditante abbia usato una forma che rassomiglia assai a quella del mandato, l'intenzione sua di costituirsi fideiussore risulta sufficientemente espressa dalla dichiarazione di voler garantire egli stesso, col proprio credito, il debito che assumerà in via principale il figlio.

239. — È ben vero che in materia commerciale la distinzione fra il mandato e la fideiussione non ha la stessa importanza che in materia civile, essendo che nella fideiussione commerciale si presume la solidarietà fra garante e garantito (Codice commer. it , art. 40) e questa solidarietà toglie al fideiussore il beneficio di escussione (Cod. civ. it., art. 1907). Tuttavia la distinzione anzidetta ha pur sempre

(1) THÖL, *op. cit.*, § 296, p. 437.

Digitized by Google

una importanza scientifica oltre che legale, in quanto non si può mai confondere un contratto con un altro di natura differente.

240. — Ci resta a decidere se la fideiussione possa essere assunta *tacitamente* mediante una lettera di credito.

Se la credenziale ha una causa civile non può, per le ragioni sopra esposte, servire di fondamento ad una obbligazione fideiussoria, qualora la volontà di mallevare non sia esplicitamente dichiarata.

Ma se, come di regola, la lettera di credito ha causa commerciale, riteniamo che la fideiussione possa, per essa, incontrarsi anche tacitamente, qualora ciò sia consentito dagli usi e la volontà di garantire risulti dalle circostanze (1); essendo che in materia commerciale, gli usi costituiscono la fonte legislativa ove le leggi commerciali non dispongano, e soltanto in mancanza di essi si applica il diritto civile (Cod. comm. it., art. 1).

Nel dubbio però, circa la natura dell'obbligazione dell'accreditante, si dovrà ritenere che si tratti di mandato anzichè di fideiussione, poichè è questa, di regola, la sostanza della credenziale.

Ed è per tale ragione che il sistema di quelle legislazioni che, come la Svizzera, contemplano la lettera di credito tra le specie del mandato, ci sembra preferibile a quello adottato da altre legislazioni che, come l'Argentina (2), regolano il mandato di credito congiuntamente alla fideiussione.

(1) Vedi *retro*, n. 231 e confr. Supino, *Istit. di diritto comm.* (Firenze, 1898), n. 452. In senso diverso Thöl, *op. cit.*, § 296, p. 439: « ..... nel commercio mercantile i rapporti mostrano ordinariamente che la responsabilità sussidiaria non ha diversamente luogo che quando è stata espressamente convenuta..... ».

(2) Livre II, titre V: *Des cautionnements et des lettres de crédit.* La credenziale occupa il capo II del citato titolo.

Digitized by Google

§ 3.

Disciplina giuridica del mandato di credito.

SOMMARIO: 241. Le regole del mandato e quelle della fideiussione. — 242. Necessità di tener distinti i due contratti.

241. — Stabilita la distinzione fra le due specie di obbligazioni alle quali può dar luogo il mandato di credito, è superfluo l'aggiungere che esse, a seconda dei casi esaminati, saranno governate ora dalle norme che valgono per il mandante ed ora da quelle vigenti per il fideiussore.

Fra le quali ultime va compresa la disposizione contenuta nell'art. 1927 Cod. it. combinato con l'art. 1899, § 2, in base al quale è da ritenersi che il mandante non possa opporre al mandatario l'eccezione che il terzo fosse personalmente incapace di contrarre il debito (1). Questo principio, che è espressamente dichiarato dall'art. 419 del citato Codice svizzero delle obbligazioni, è applicabile altresì in diritto italiano per le ragioni che si desumono dalla retta interpretazione dei citati articoli 1899 e 1927 che esamineremo più oltre (2).

242. — Dopo quanto abbiamo dimostrato concludiamo, che se l'*obbligazione del mandante* nel mandato di credito, civile e commerciale, può essere nelle volute condizioni, sostanzialmente identica, per la sua natura, all'*obbligazione del fideiussore*, non può tuttavia il *contratto di mandato di credito* essere identificato col *contratto di fideiussione*.

Alla identificazione contrasta, in primo luogo, il contenuto dei due contratti che è sempre una guarentigia per la fideiussione, mentre può essere una garanzia o una obbligazione di mandato per l'altro contratto; in secondo luogo contrasta la

(1) Confr. THÖL, *op. cit.*, § 296, p. 439.

(2) Per una diffusa dimostrazione di questo principio vedi CAMPOGRANDE, *La teoria generale del mandato di credito nel diritto civile odierno* (Roma, 1893), p. 19-20. A questo lavoro ci riferiamo altresì per lo sviluppo della teoria generale del contratto in discorso.

Digitized by Google

struttura giuridica che, per quella diversità di contenuto, è necessariamente diversa nei due contratti (1).

Sezione III.

Mandato ordinario e gestione d'affari.

Sommario: 243. Differenze tra la fideiussione e questi due rapporti.

243. — È superfluo l'insistere sulle differenze tra la fideiussione da un lato e il mandato ordinario e la gestione di affari dall'altro.

Allorchè il fideiussore è intervenuto per volontà del debitore ed ha pagato per quest'ultimo, l'azione ch'egli ha verso il debitore stesso, nasce dal mandato; mentre nasce dalla gestione d'affari se il fideiussore è intervenuto spontaneamente; onde la necessità, per regolare l'esercizio di tale azione, di combinare le norme speciali della fideiussione con le regole generali del mandato o della gestione d'affari (2).

Ma la fideiussione si stacca da questi due contratti sia per le sue norme speciali come per la sua struttura.

Sezione IV.

Espromissione e delegazione.

Sommario: 243-*bis*. Differenze tra la fideiussione e questi due rapporti.

243[*bis*]. Dal principio per cui il fideiussore pur obbligandosi per il debitore non lo libera tuttavia dalla sua obbligazione (3), ma contrae un'altra obbligazione a questa connessa, discende la differenza tra la fideiussione e l'*espromissione* che è una forma di novazione soggettiva mediante la quale, col consenso del creditore, viene sostituito un nuovo debitore all'an-

(1) Confr. Samhaber, *Le obbligazioni correali*, p. 173, in Serafini-Arndts, *op. cit.*, § 253, nota 3.

(2) Vedi la *Parte Speciale*.

(3) Vedi *retro*, n. 58.

Digitized by Google

tico, il quale viene liberato dal creditore; e ciò anche senza il consenso dello stesso debitore antico (Cod. civ. it., art. 1267, n. 2 e 1270) (1).

Nè può confondersi la fideiussione con quell'altra forma di novazione soggettiva che è la *delegazione passiva*, la quale si verifica quando il debitore (delegante) presenta, in sostituzione sua, al creditore (delegatario) un altro debitore (delegato). *Delegazione passiva imperfetta*, ossia senza novazione, se il creditore non ha dichiarato espressamente la sua volontà di liberare il debitore delegante (Cod. civ. it. art. 1271); nel qual caso il creditore può esigere la prestazione contenuta nell'obbligazione originaria ed anche agire contro il delegato nella misura consentita dalla delegazione. *Delegazione passiva perfetta* quando, essendovi la novazione, il delegante è liberato dal creditore, il quale non ha azione di regresso contro lui se il delegato diviene non solvente, tranne se l'atto contenga una riserva espressa, e tranne se il delegato fosse già in stato di non solvenza o fallimento al momento della delegazione (Cod. civ. it., art. 1272).

Sia nel caso della delegazione passiva perfetta, come in quello della delegazione passiva imperfetta, sussiste una differenza tra la delegazione e la fideiussione, perocchè quando il debitore delega il proprio credito presentando in sua sostituzione un altro debitore, questi, che è il delegato, non è tenuto a pagare *un debito altrui*, ma bensì un debito proprio, mentre il fideiussore è sempre tenuto a pagare un debito altrui, benchè assuma l'obbligazione fideiussoria *nomine proprio* (2) Nella delegazione, a differenza della espromissione, può bensì restar viva l'obbligazione originaria insieme con l'aggiunta, come nella fideiussione; ma la differenza, ora chiarita, relativa all'appartenenza del debito che dev'esser soddisfatto, è sufficiente per tener distinti i due istituti.

(1) Confronta per il concetto della espromissione: Corte d'app. di Torino, 20 dicembre 1886 (*Giur. tor.*, 1887, 162); Cass. Torino, 18 maggio 1889 (*Ivi*, 1889, 399). Per il concetto dell'*assunzione del debito altrui* vedi Chironi, *Istit.*, II, § 271, e confr. Cod. civ. germanico, §§ 414 e seg.

(2) Vedi *retro*, n. 58-59.

Digitized by Google

Sezione V.

Promessa del fatto altrui.

Sommario: 244. Caratteri speciali della promessa del fatto altrui.

244. — Non va confusa con la fideiussione la promessa del fatto altrui, per la quale taluno si obbliga verso un altro promettendo il fatto di una terza persona (Cod. civ. italiano, art. 1129) (1). Infatti chi s'obbliga in tal modo non contrae un'obbligazione accessoria, bensì un'obbligazione principale, in forza della quale, il creditore non può tuttavia esigere da lui l'esecuzione dell'obbligo incombente al terzo, se questi *non* l'eseguisce; ma ha soltanto diritto a una *indennità* verso colui che si è obbligato o che ha promesso la ratifica del terzo (garanzia *de rato*), se questi ricusa di adempiere l'obbligazione (art. cit.). Così se alcuno promette che il minore il quale ha contratto durante la minore età, divenuto maggiorenne, ratificherà il contratto, in tal caso non si ha fideiussione, ma promessa del fatto altrui (2), o, come dicono alcuni autori, garanzia *de rato*.

Questa differenza spiega come si possa promettere *de rato* per fatti che non sono suscettivi d'essere assicurati mediante fideiussione. Il Troplong (3) dà questo esempio: è stato contratto un'impegno con violenza e Tizio, minacciato e violentato, ha sottoscritto un'obbligazione. Sempronio non potrebbe mallevare questa obbligazione perchè nulla; ma potrebbe garantirla *de rato*, promettendo, per esempio, sotto pena dei danni e interessi, che Tizio approverà più tardi, con cogni-

(1) È l'obbligazione che il Codice francese dice (art. 1120) *se porter fort*. Vedi Guillouard, n. 30, p. 35; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 917, p. 443, con gli autori ivi citati. Confr. Galdi, p. 22-23, il quale chiama *espromissione* questa promessa del fatto di un terzo, mentre noi abbiamo adoperato tale appellativo nel senso affatto diverso di *novazione*. Vedi *retro*, n. 243-*bis*. Confronta anche Cass. Torino, 24 aprile 1879 (*Annali*, 588).

(2) Mirabelli, *Della fideiussione* (*Contratti speciali*, vol. unico, nell'opera *Il Diritto civ. it.* esposto per cura di P. Fiore, Napoli, Marghieri, 1894, n. 2, p. 393).

(3) N. 30, p. 311.

Digitized by Google

zione di causa, ciò che ha sottoscritto quando la sua volontà non era libera. E ciò perchè l'obbligazione del garante *de rato* non è accessoria, ma principale.

Si aggiunga che chi promette il fatto altrui non può opporre il beneficio di escussione, e che sempre, a differenza del fideiussore, quando abbia pagato non ha azione verso il terzo che non gli diede il mandato di pagare, tranne il caso in cui sussista una *negotiorum gestio* (1). Da ultimo va notato che il garante *de rato* può obbligarsi a pagare una data somma di danni nel caso che il terzo non adempia la sua obbligazione, quantunque la somma per la quale è obbligato il terzo sia minore; il che non sarebbe lecito nella fideiussione.

Sezione VI.

Pegno e ipoteca.

Sommario: 245. Analogie e differenze tra la fideiussione e questi rapporti.

245. — V'è analogia tra la fideiussione da una parte e il contratto di pegno e l'ipoteca dall'altra (2), in quanto questi due ultimi sono, come la fideiussione, contratti di garanzia. Ma mentre la fideiussione è una garanzia personale perchè il fideiussore si vincola personalmente a soddisfare l'obbligazione principale, l'ipoteca e il pegno sono garanzie reali consistendo la sicurtà nella costituzione di un *jus in re* sulla cosa data in ipoteca o in pegno.

In altri termini mentre dalla fideiussione nascono diritti contro la persona, dall'ipoteca e dal pegno sorgono diritti soltanto sulla cosa. E mentre il debitore principale non può mai mallevare sè medesimo, la garanzia consistente nel pegno o nell'ipoteca può essere data dal debitore stesso. Si aggiunga che i diritti reali di garanzia essendo rapporti sulla cosa

(1) Troplong, n. 33, p. 312. Confr. Guillouard, n. 30, p. 35; Laurent, n. 118; Aubry et Rau, IV, § 423, testo e nota 6; Pont, n. 12; Ponsot, n. 14-15.

(2) Chironi, *Trattato dei privilegi*, ecc., I, n. 1-2, p. 2-4; Dernburg, *D. Pfandrecht n. d. Grundsätzen d. heut. röm. Rechts* (Leipzig, 1860), I, § 1; Jourdan, *L'hypothèque* (Paris, 1876), introd., in Chironi, *loc. cit.*, nota 2, p. 3.

Digitized by Google

hanno un'entità loro propria non ostante la relazione che li unisce all'obbligazione garantita. Per essi si ha l'*esecuzione* dell'obbligazione assicurata piuttosto che una nuova obbligazione accedente e connessa a quella del debitore.

Del resto come ciascuna di queste tre specie di garanzia ha i suoi vantaggi così ha anche i suoi inconvenienti. Se il fideiussore è di buona fede e solvibile, il creditore ottiene prontamente il pagamento; mentre il creditore pignoratizio o ipotecario deve sottoporsi alla formalità, alle lentezze e alle spese inerenti alla conversione del pegno e dell'ipoteca nel suo credito liquido. E mentre il creditore garantito da un fideiussore può farsi pagare su tutti i beni posseduti dal mallevadore per il principio che tutti i beni del debitore sono la comune garanzia dei creditori, il creditore che è garantito da un pegno o da un' ipoteca, data da un terzo per sicurtà dell'obbligazione principale, è costretto a limitare la sua azione sopra questa cosa soltanto. S' aggiunga che il pegno può perdersi o deteriorarsi.

Senonchè il pegno e l'ipoteca presentano questa superiorità sulla fideiussione: che il fideiussore, o con alienazione, o contraendo debiti, o con altri mezzi può far sparire i suoi beni e rendere illusoria la garanzia del creditore, mentre il creditore pignoratizio o ipotecario è al sicuro da tali pericoli (1). Perciò appunto dicevano i Romani che « *plus est cautionis in re quam in persona* » (L. 25, D. *de reg. juris*), e gli antichi dottori insegnavano « *melius est pignori incumbere quam in personam agere* » (2).

Sezione VII.

Costituzione di pegno per debito altrui.

Sommario: 246. Differenze tra la garanzia personale e la reale.

246. — Quando lo stesso debitore principale dà al creditore, per sicurtà, un pegno, una ipoteca, sono manifeste le differenze tra la fideiussione e tali contratti. Ma anche la

(1) Troplong, n. 39; Corsi, cap. I, § 3, p. 10.
(2) Marsili, *op. cit.*, n. 297.

Digitized by Google

costituzione di un pegno vero e proprio a favore del creditore per garanzia del pagamento di una somma dovutagli da terza persona è contratto interamente distinto dalla fideiussione. Nella fideiussione il garante s'obbliga personalmente a pagare il debito *in subsidium* oppure in solido col debitore e quindi accorda al creditore, come si disse, una *garanzia personale*. Invece nell'altro contratto di costituzione di pegno il garante attribuisce al creditore soltanto un *jus in re* sulla cosa propria data in pegno, ossia una *garanzia reale*. Pertanto le regole relative ai rapporti fra il fideiussore e il creditore, il fideiussore e il debitore e più fideiussori, sono applicabili in materia di costituzione di pegno fatta da terza persona soltanto con le limitazioni volute dalla *realità* dell'obbligazione. Va ad es. escluso per il datore di pegno in discorso, il beneficio di escussione (1).

Sezione VIII.

Costituzione d'ipoteca per debito altrui.

Sommario: 247. Analogie e differenze.

247. — Sostanziali differenze esistono altresì tra la fideiussione e il patto col quale taluno ipoteca il proprio fondo per un debito altrui.

Certamente v'ha identità di scopo nel senso che chi concede un'ipoteca per un debito non suo tende al medesimo fine del fideiussore: garantire un credito. Senza dubbio anche questo diritto d'ipoteca è, come la fideiussione, accessorio di una obbligazione valida. Ma v'è, d'altra parte, una grave e sostanziale differenza relativa alla natura delle due garanzie in discorso; perocchè mentre la costituzione d'ipoteca sul proprio fondo dà vita ad un diritto reale di garanzia,

(1) Pont, II, n. 23; Duranton, XVIII, n. 296; Troplong, n. 38; Guillouard, n. 34, p. 38-39; Galdi, *op. cit.*, p. 17; Cassation, 10 août 1814 (*Sirey*, C. N., IV, I, 603); App. Bologna, 27 aprile 1896 (*Mon. giur. bol.*, 1896, 185); Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, n. 263, p. 544-545, Torino, 1894.

Digitized by Google

la fideiussione fa sorgere un diritto personale di obbligazione. Nel diritto d'ipoteca si hanno due caratteri insieme combinati; il carattere di diritto di garanzia e quello di diritto reale. Come diritto di garanzia il diritto d'ipoteca presuppone una obbligazione principale; ma come diritto reale ha un'esistenza indipendente (1). Questa duplicità di carattere non si verifica nella fideiussione.

Ciò non toglie che fra le due specie di sicurtà sussista analogia.

Ma, ripetiamolo, è errata l'opinione che assimila alla fideiussione la garanzia mediante ipoteca sui proprii beni. A sostegno di questa opinione una sentenza della Cassazione di Palermo (2) ha invocato la legge 38 D. *mandati*, XVII, 1. Ma questa legge dice soltanto che fra tale patto e la fideiussione esiste somiglianza: ivi si contempla la questione se colui che ha ipotecato una casa a garanzia d'altri possa agire per essere liberato prima che il debito sia stato soddisfatto, e MARCELLO osserva che da tale questione è « non absimilis illa quae frequentissime agitari solet, aut fidejussor et prius quam solvat agere possit ut liberetur » (3).

SEZIONE IX.

L'obbligazione del condebitore semplice e la solidarietà.

SOMMARIO: 248. Il carattere di obbligazione principale. — 249. Caratteri differenziali tra la fideiussione e l'obbligazione d'un terzo obbligato in solido. — 250. Accessorietà dell'obbligazione del fideiussore solidale. — 251. Distinzione e affinità tra la fideiussione solidaria e l'obbligazione solidaria.

(1) CHIRONI, *Ist.*, vol. I, § 213, p. 323.

(2) 25 giugno 1892 (*Foro it.*, 1892, I, 1256).

(3) Sull'analogia tra la fideiussione vera e propria e la garanzia mediante ipoteca sui proprii beni vedi, per la giurisprudenza italiana, Cass. Roma, 6 febbraio 1892 (*Giur. it.*, 1892, 101) e 29 aprile 1880 (*Foro it.*, Rep. 1880, voce *Ipoteca*, n. 11); App. Venezia, 27 febbraio 1891 (*Ivi*, Rep. 1891, voce *Fideiussione*, n. 3). Queste sentenze decisero in vario senso, ma ritennero tutte che fra le due specie di garanzia esistono differenze gravi e sostanziali. Vedi anche GALDI, *op. cit.*, p. 16-19.

Digitized by Google

— 252-253. Regola per determinare se esista una fideiussione solidale oppure un'obbligazione solidaria.

248. — Dalla fideiussione va distinta l'obbligazione assunta da un terzo di pagare un debito altrui, non come fideiussore, ma in qualità di condebitore semplice o solidale.

Tale obbligazione è principale, e non accessoria. Nei rapporti fra il terzo e il debitore reale produce bensì gli stessi effetti della fideiussione in quanto il terzo che ha pagato il debito ha un'azione di regresso contro il vero debitore. Ma nei rapporti fra il creditore ed il terzo, quest'ultimo è trattato non come fideiussore ma come debitore principale, di modo che non gode nè del beneficio di escussione, nè del beneficio della surrogazione accordato al fideiussore dall'art. 1928 Cod. it. (2037 Cod. franc.); nè, se egli s'è vincolato in solido col debitore reale, il beneficio di divisione (1).

249. — Allorchè si tratta di un terzo obbligato in solido e principalmente col debitore reale, le differenze tra la fideiussione e tale obbligazione sono ancora più notevoli.

Tralasciando le altre differenze già notate, l'una obbligazione si distingue dall'altra principalmente sotto tre aspetti.

1° In materia di atti dannosi compiuti da uno dei coobbligati a danno degli altri. In tema di fideiussione vige il principio che se questa fu assunta sciente e consenziente il debitore principale, il fideiussore è un mandatario di quest'ultimo; mentre è un *negotiorum gestor* se la fideiussione fu assunta a sua insaputa. Invece in materia di solidalità fra più debitori principali, le regole si determinano mediante il criterio di rappresentanza tra debitore e debitore (2). Le pratiche applicazioni di questi principii possono presentare difficoltà notevoli che non tolgono tuttavia l'esattezza della regola.

2° Riguardo alle eccezioni che un coobbligato può opporre, le norme relative alla fideiussione sono diverse da quelle che valgono per la solidità di più debitori principali, perchè i mezzi di difesa del fideiussore anche solidale, sono più estesi

(1) Guillouard, n. 31, p. 36; Pont, II, n. 13-14; Laurent, n. 119-122; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 918, p. 413

(2) Giorgi, vol. II, n. 450, p. 520, e vol. I, n. 124, 144, 148, 150, 154, 181. Confr. Melucci, *La teoria delle obbligaz. solidali*, vol. I, n. 5, p. 8.

Digitized by Google

di quelli del debitore solidale in quanto il primo può dedurre non solo tutte le eccezioni inerenti al debito, ma anche quelle personali al debitore principale (Cod. civ. it., art. 1927) (1). In altri termini non si può applicare al fideiussore, anche solidale, il principio posto dall'art. 1193 Cod. it., per cui il debitore in solido può bensì opporre al creditore le eccezioni comuni ai condebitori, ma non può opporre le eccezioni che sono personali soltanto ad alcuno degli altri condebitori.

3° Mentre la solidalità fra principali obbligati non può sorgere se non è imposta direttamente dalla legge, oppure se non vi sia il consenso di tutti i contraenti allorchè nasce dalla volontà dell'uomo; invece la fideiussione di qualsiasi specie può sorgere anche all'insaputa del debitore principale.

È bensì vero che data una fideiussione *animo donandi* e con rinuncia ai beneficî degli art. 1927 e 1928 Cod. civ. it., le differenze diminuiscono assai. Ma, in primo luogo, ben dice il Giorgi (2), anche in questa rara ipotesi, sarà sempre vero che la fideiussione di tal genere, quando sia conclusa all'insaputa del principale obbligato non potrà mai riuscirgli dannosa col sottoporlo agli effetti pregiudicevoli degli atti compiuti dall'ignoto fideiussore. In secondo luogo la differenza notata al n. 3° è sufficiente, da sè sola, a tenere scientificamente distinte anche le solidalità tra più obbligati in modo principale e la solidarietà tra più fideiussori.

250. — Nel caso che, come avviene spessissimo (ad es. nell'avallo) (3), il fideiussore si obblighi solidariamente col debitore principale, vien meno per lui il beneficio di escussione, e se vi sono più fideiussori, cessa inoltre il beneficio di divisione (4).

Con tutto ciò il fideiussore, benchè obbligato in solido, è sempre obbligato *in via accessoria*, ossia non può essere considerato come un obbligato principale.

Sostiene il contrario il Duranton (5), affermando che se

(1) Giorgi, vol. II, n. 450, p. 520-521, e vol. I, n. 156 e seg.
(2) Vol. II, n. 450, p. 521.
(3) Vedi *ultra*, n. 261 e seg.
(4) Vedi *ultra*, nella *Parte Speciale*.
(5) Vol. XVIII, n. 332. Vedi pure in questo senso gli autori e le sentenze citati da Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 919, p. 444 in nota 2.

Digitized by Google

l'obbligato in solido col debitore principale è ritenuto fideiussore di quest'ultimo ciò vale soltanto nei rapporti col debitore stesso e nell'interesse di questo; mentre, riguardo al creditore, il coobbligato non è che un debitore solidale ordinario.

Ma la dottrina (1) è giustamente contraria a questa opinione, alla quale si oppone il principio che essendo la fideiussione per sua essenza una obbligazione accessoria, il fideiussore che si obbliga in solido, e che non cessa perciò d'essere fideiussore, resta necessariamente debitore accessorio: egli deve bensì un'*idem* ma un'*idem* accessorio. La solidarietà che egli stipula è soltanto, come bene osserva il Guillouard (2), una maniera d'essere, una modalità della sua garanzia, che gli farà perdere i benefizi di escussione e divisione, ma gli conserva gli altri vantaggi inerenti alla qualità di debitore accessorio. L'art. 1201 Cod. it. (1216 Cod. franc.) è applicabile soltanto ai condebitori solidali e non ai fideiussori solidali, come risulta dalle espressioni ivi adoperate dal legislatore e dal posto che esso occupa nella Sezione IV *delle obbligazioni in solido* (3).

È bensì vero che allorquando il fideiussore si è obbligato in solido col debitore « l'effetto della sua obbligazione si regola con gli stessi principî stabiliti riguardo ai debiti in solido » (Cod. it. art. 1907); ma ciò significa soltanto che il fideiussore solidale non può godere nè del beneficio di escussione (art. 1907 cit.) nè del beneficio della divisione, quando sianvi più fideiussori (arg., art. 1912 Cod. it.) (4).

Fu obbiettato che se la disposizione ora citata avesse soltanto per fine di togliere al fideiussore solidale il beneficio di escussione, essa sarebbe una inutilità e un non senso. Sarebbe inutile perchè il legislatore aveva già dichiarato nella prima parte del citato articolo, che il fideiussore non può valersi del beneficio di escussione se si è obbligato in

(1) Troplong, n. 522-523; Pont, II, n. 13; Aubry et Rau, IV, § 423, nota 7; Laurent, XXVIII, n. 294; Fournier, *Le cautionnement solidaire* (*Revue crit.*, XV, 1886, n. 26-27, p. 714 e seg.); Guillouard, n. 24, p. 28-29; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 919, p. 444, con le sentenze ivi citate.

(2) N. 24, p. 28-29.

(3) Vedi *ultra*.

(4) Vedi *ultra* nella *Parte Speciale*.

Digitized by Google

solido col debitore. Sarebbe un non senso perchè non può parlarsi di escussione nei principî stabiliti per le obbligazioni del debitore solidario; materia in cui vi sono soltanto debitori principali (1).

Rispondiamo che la riferita disposizione finale non è una inutilità perchè, con le citate espressioni, il legislatore ha voluto rafforzare il concetto prima enunciato: ha cioè voluto dire che allorquando il fideiussore si obbliga in solido la sua posizione giuridica, sia di fronte al beneficio di escussione come a quello di divisione, non è diversa da quella in cui, di fronte agli stessi beneficî, si trova il debitore solidale. È poi inesatto il dire che la dichiarazione del legislatore così interpretata è un non senso: tale dichiarazione sarebbe forse stata superflua, qualora il legislatore l'avesse fatta nella sezione dedicata ai debitori solidali; ma poichè il legislatore ha fatto la detta dichiarazione nel titolo della fideiussione ed allo scopo di chiarire maggiormente la posizione giuridica del fideiussore di fronte al beneficio di escussione e a quello di divisione, essa va interpretata *secundum subiectam materiam;* il che ne spiega lo spirito. Per ammettere la contraria interpretazione converrebbe pure ammettere che la disposizione che fa del fideiussore solidale un condebitore solidario derogherebbe ai principî relativi alla fideiussione.

251. — La fideiussione, anche se solidale, è pertanto distinta dall'obbligazione solidaria, avendo ciascuna di esse speciali caratteri. Il che non esclude le affinità, quale la somiglianza della loro funzione economica che è l'assicurazione dei crediti mediante una obbligazione personale, accessoria per la fideiussione, principale per la solidarietà, e più rigorosa per quest'ultima che non per la prima; nonchè il principio per il quale sia il fideiussore come il debitore solidale si obbligano *pro alio* in quanto si vincolano nell'interesse altrui; ma *nomine proprio* in quanto entrambi assumono una obbligazione personale di soddisfare il debito da loro garantito (2).

(1) Cassation, 7 juin 1882 (*Dalloz*, 1882, I, 441).

(2) Confr. Gérardin, *Étude sur la solidarité*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étrang.*, vol. VIII, 1884, p. 241, di cui non accettiamo

Digitized by Google

252. — Date le notevoli differenze esistenti fra il fideiussore solidale e il debitore in solido è necessario determinare quando è che taluno obbligandosi in solido, assume di fronte al creditore la qualità di fideiussore solidale, oppure quella di debitore in solido.

Qui bisogna determinare, in primo luogo, se si tratti di solidalità stabilita dalla legge, oppure dalla volontà dell'uomo. Nel primo caso nessuno fra gli obbligati può avere la qualità di fideiussore di fronte al creditore, ma tutti sono egualmente debitori principali (1). Nel secondo caso si deve ricercare quale sia stata la volontà dei contraenti.

Il Giorgi (2) insegna che: 1° la sola circostanza che uno tra gli obbligati non abbia un interesse suo proprio nel debito non è quasi mai sufficiente a farlo ritenere un fideiussore; 2° la circostanza che uno solo fra gli obbligati ha goduto l'emolumento della obbligazione, vale a fargli assumere la veste del fideiussore verso i condebitori, pur restando debitore principale di fronte al creditore; e ciò è possibile in diritto odierno, essendo riconosciuto per legge che uno fra i debitori solidali può essere fideiussore rispetto ai condebitori e debitore principale rispetto al creditore (Cod. civ. italiano, art. 1201); 3° se nel tempo in cui l'obbligazione veniva stipulata, il creditore sapeva che uno dei debitori solidali non profittava dell'emolumento della obbligazione, tale scienza basta sempre a convertire quel debitore in un fideiussore nei suoi rapporti col creditore.

253. — Noi che non ammettiamo possa sussistere la fideiussione *volontaria* se la volontà di mallevare non fu esplicitamente dichiarata con parole (3), escludiamo che tale volontà si possa desumere da circostanze o congetture di qualsiasi specie. Per noi quindi la questione se taluno obbligandosi in solido assuma rispetto al creditore la qualità di fideiussore

però tutte le affermazioni: ad es. questa, presa dall'Hauriou, *Origine de la correalité* (*Nouvelle Revue*, 1882, p. 227), che « la solidarietà è una forma perfezionata di fideiussione »; e ciò diciamo per le ragioni esposte nel testo circa le differenze notevoli tra fideiussione e solidarietà.

(1) Giorgi, *op. cit.*, n. 179, p. 198.

(2) *Op. cit.*, n. 179, p. 198-199.

(3) Vedi *ultra*, n. 282.

Digitized by Google

anzichè quella di debitore si riduce al determinare se l'obbligato in solido dichiarò o non dichiarò esplicitamente di voler garantire in qualità di fideiussore (1). Nel primo caso è sempre fideiussore; nel secondo non è obbligato come tale.

La regola contenuta nell'art. 1201 Cod. civ. it. (art. 1216 Cod. franc.) non deroga al nostro principio che, come dimostrammo (2) si riferisce a un rapporto obbligatorio speciale che non è propriamente la fideiussione, e per essa i coobbligati sono dalla legge reputati fideiussori relativamente al coobbligato per cui venne contratto il debito, ma non relativamente al creditore (art. cit.).

Concludendo: la circostanza che uno tra gli obbligati non abbia un interesse suo proprio nel debito, e la scienza che il creditore avesse, nel tempo della stipulazione, che uno dei debitori in solido non profittava dell'emolumento della obbligazione, non sono, in mancanza di una esplicita dichiarazione contrattuale, elementi bastevoli per dar vita ad una obbligazione fideiussoria.

Sezione X.

Il contratto di assicurazione e la fideiussione onerosa.

Sommario: 254. Se quando il creditore dà una mercede al fideiussore nasca un rapporto di assicurazione. — 255. Dottrina francese. — 256-257. Nostra opinione.

254. — Vedemmo che la fideiussione può essere contratta sia a titolo gratuito, come a titolo oneroso e che il compenso può pattuirsi dal fideiussore sia col creditore come col debitore (3). Quando la mercede è pagata dal debitore la fideiussione non si trasforma in contratto di assicurazione, poichè a prescindere da altre profonde differenze, il creditore non paga alcun premio per la garanzia che gli viene pre-

(1) Confr. Cod. civ. Argentino, art. 2005 « Quando taluno si obbligò come principale pagatore, quantunque con la qualifica di fideiussore, sarà debitore solidario, e gli si applicheranno le disposizioni relative ai condebitori solidali » (Nostra versione).

(2) Vedi *retro*, n. 250.

(3) Vedi *retro*, n. 119.

Digitized by Google

stata; il che non si avvera per l'assicurato nel contratto di assicurazione.

Su questo punto gli autori sono concordi.

255. — Il dubbio nasce invece allorquando il prezzo sia pagato al mallevadore dal creditore stesso. In Francia una autorevole dottrina seguìta in Italia dal MIRABELLI (1), insegna che si tratta allora di una vera assicurazione (2). Il contratto intervenuto tra il creditore e colui che l'assicura, scrive TROPLONG (3), si distacca dal contratto primitivo di cui si teme la non esecuzione e l'assicuratore e l'assicurato trattano in una maniera principale d'un oggetto interamente distinto, ossia d'un rischio da correre. Per verità il loro accordo sarà legato alla condizione che il contratto primitivo non sarà osservato, e in tal senso questo contratto primitivo non resterà del tutto estraneo al nuovo contratto. Ma il contratto primitivo non verrà preso in considerazione che come condizione e non già come una promessa principale di cui la promessa dell'assicuratore non è che l'accessorio. Tra l'assicuratore e l'assicurato si specula in un modo principale sull'eventualità di esecuzione dell'obbligazione di un terzo. Si fa vendita e compera di queste eventualità come si negozia delle eventualità della fortuna di mare e dei sinistri terrestri.

256. — Noi crediamo che in questa materia sia da applicare il principio che nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti anzichè stare al senso letterale delle parole (Cod. it. art. 1131).

Bisogna pertanto indagare se il creditore e il fideiussore abbiano inteso di dare vita ad una obbligazione avente per oggetto principale e diretto un rischio rappresentato dalla eventualità dell'inesecuzione del debito, oppure se abbiano voluto costituire un'obbligazione avente per oggetto principale il soddisfacimento del debito stesso.

In quest'ultima ipotesi, l'obbligazione di chi garantisce il

(1) *Op. cit.*, n. 4, p. 395. Questo autore non dà alcuna dimostrazione di tale tesi.

(2) DELAMARRE et LEPOITEVIN, t. 2e, n. 300; PONSOT, n. 22, in TROPLONG, n. 16; PONT, II, n. 16; p. 306; LAURENT, n. 124; GUILLOUARD, n. 22, p. 26 e n. 33, p. 37.

(3) N. 36, p. 515-516.

Digitized by Google

pagamento dietro un compenso, non è una obbligazione di assicurazione, poichè, in sostanza, il consenso delle parti è caduto su questo oggetto: paghi il terzo per il debitore se questi non paga, nel che consiste appunto la fideiussione; e la volontà delle parti è decisiva, di modo che si tratta di una obbligazione fideiussoria, ancorchè le parti abbiano, per avventura, adoperato la parola *assicurazione* in luogo di fideiussione o di altra espressione equivalente, non dovendosi stare al senso letterale delle parole. Non è pertanto vero che l'obbligo assunto dal garante costituisca un oggetto *interamente distinto* da quello che costituisce l'obbligazione principale. Al contrario l'oggetto essendo identico nell'uno e nell'altro contratto, ossia essendo lo stesso debito incombente al principale obbligato, tra i due contratti intercede quel rapporto di connessità e accessorietà che è caratteristica della fideiussione.

Il rischio è l'effetto e non l'oggetto dell'accordo intervenuto. Il garante, nella fatta ipotesi, accede all'altrui obbligazione, mentre l'assicuratore non accede, ma si obbliga in modo principale, mediante premio, a risarcire il danno che può derivare all'assicurato da determinati casi fortuiti o di forza maggiore (Cod. comm. it., art. 417).

Il citato Guillouard (1) scrive che il preteso fideiussore non interviene « que pour assurer au créancier, moyennent « un salaire payé par celui-ci, le remboursement de sa créance, « et pour le garantir contre les chances d'insolvabilité de « son débiteur ». Ma la fideiussione consiste appunto nello assicurare il rimborso d'un credito, con o senza compenso, e nel garantire il creditore contro l'eventuale insolvibilità del debitore. Dunque l'osservazione del citato autore non prova l'assunto.

257. — Ma se risulti dall'indagine sulla volontà delle parti che queste hanno inteso di dar vita a una obbligazione avente per oggetto diretto il rischio consistente nell'eventuale inesecuzione del debito, si ha un'obbligazione principale, ossia un vero contratto di assicurazione ancorchè vi fossero apparenze contrarie, quali ad es. l'uso della parola fideiussione o

(1) Vedi la nota precedente.

Digitized by Google

garanzia o altra equivalente, dovendosi, a norma della citata disposizione, non già stare al senso letterale delle parole, ma alla comune intenzione delle parti che è decisiva.

Sezione XI.

L'assicurazione contro l'insolvibilità del debitore.

Sommario: 258. Caratteri differenziali.

258. — Tra le varie specie di assicurazione contro i danni ha oggidì appunto acquistato un ufficio autonomo l'assicurazione contro l'insolvibilità, disciplinata dall'art. 440 Codice comm. it., tolto dalla legge belga 11 giugno 1874 sulle assicurazioni terrestri.

Un creditore può far assicurare presso altri, ad es. presso una Compagnia, la solvibilità del proprio debitore, per la scadenza. Ne nasce un'obbligazione fideiussoria?

Evidentemente no; la fideiussione è un contratto accessorio mentre l'obbligazione in discorso è un contratto principale: la prima è *per sua natura* (non per essenza) un contratto gratuito; la seconda è un contratto oneroso; la fideiussione è, per lo più, un contratto unilaterale, poichè, come si disse, ordinariamente il solo fideiussore assume una obbligazione; invece l'obbligazione di assicurazione è un contratto bilaterale dove il premio è il corrispettivo della garanzia; da ultimo è bensì vero che l'una e l'altra cadono nel nulla per l'inesistenza dell'obbligazione principale, ma come giustamente scrive il Vivante (1), non per la stessa ragione; quella vien meno perchè l'obbligazione accessoria non può esistere senza l'obbligazione principale; questa vien meno per la mancanza del rischio che ne forma l'oggetto.

(1) *Il Codice di comm. it. commentato*, vol. V, *Del contratto di assicurazione*, n. 321, p. 232 (Verona, 1888). Confr. Guillouard, n. 33, p. 37; Troplong, n. 36; Aubry et Rau, IV, § 423, testo e nota 11; Ponsot, n. 17-18; Pont, II, n. 17-18.

Digitized by Google

Sezione XII.

La donazione e la fideiussione gratuita.

Sommario: 259. Differenze.

259. — Allorchè la fideiussione è atto a titolo gratuito, o di fronte al debitore o di fronte al creditore, non può neppure essere confusa con la donazione. A tacere di altre differenze, basta a togliere il carattere della donazione il fatto che il fideiussore non intende di rinunciare a riavere l'importo di quanto si obbliga a pagare, ma si riserva il regresso contro il debitore per il caso in cui debba pagare per lui. E se tale regresso resta inefficace per l'insolvibilità del debitore, ciò non altera la natura dell'obbligazione del fideiussore il quale in tal caso perde ma non dona (1).

Sezione XIII.

Lo star del credere.

Sommario: 260. Esclusione del carattere fideiussorio.

260. — Nè va identificata la fideiussione col contratto denominato *star del credere* per il quale il commissionario si costituisce responsabile verso il committente dell'adempimento delle obbligazioni assunte dalle persone con le quali contratta.

Tralasciando di esaminare tutte le opinioni sulla natura giuridica dello « star del credere » nel contratto di commissione (esame che non spetta a noi), notiamo la dottrina che lo considera come una vera fideiussione.

Tale opinione è falsa perocchè la fideiussione presuppone

(1) Ponsot, n. 24; Troplong, n. 14; Pont, II, n. 19; Guillouard, n. 20, p. 24. La questione se la fideiussione a titolo gratuito possa essere considerata come una liberalità sottoposta a collazione da parte di chi n'ebbe i vantaggi qualora questi succeda al fideiussore, non appartiene ad un trattato della fideiussione. Vedi Troplong, n. 41; Pont, II, n. 19; Guillouard, n. 20-21, p. 23-25.

Digitized by Google

un rapporto obbligatorio tra il garantito e la persona contro la quale questi vuol garantirsi, mentre è noto che il committente non è legalmente in rapporto di obbligazione col terzo con cui il commissionario contratta, essendo proprio della commissione il principio che fra il terzo e il committente non si stabiliscono rapporti giuridici (1).

Lo star del credere è, secondo la dottrina più accreditata, un patto principale avente un carattere suo proprio e precisamente il carattere dell'assicurazione di un rischio per un prezzo determinato (2). Per esso il commissionario è responsabile oltre che della solvibilità del terzo, anche del completo adempimento del contratto.

Le conseguenze dell'esposto principio valgono anch'esse a segnare nettamente le differenze tra la fideiussione e lo star del credere. Poichè quest'ultima obbligazione non è una fideiussione, il commissionario è responsabile verso il committente anche quando non sia provata la insolvibilità del terzo, ed anche se il terzo non sia stato preventivamente escusso, contrariamente a quanto è disposto per la fideiussione (3).

Sezione XIV.

L'avallo.

Sommario: 261. Dottrina per la quale l'avallo è una fideiussione. — 262. Dottrina che nega il carattere fideiussorio. — 263. Distinzione dei rapporti tra avallante e avallato e tra avallante e possessore della cambiale. — 264-265. Esclusione della dottrina che l'avallo sia una fideiussione.

261. — È diffusa l'opinione che l'avallo sia non una fideiussione vera e propria di natura cambiaria, ma un'obbli-

(1) Vidari, vol. IV, n. 4076, p. 403-405.

(2) Vidari, *loc. cit.*; Vivante, *op. cit.*, vol. V, n. 322, p. 232; Calucci, *Il Codice di comm. ital. commentato*, vol. IV, n. 198, p. 257 (Verona, 1889), con gli altri autori ivi citati. Quest'ultimo autore scrive che lo star del credere è un patto non accessorio, a sè stante. Il Vivante dice che è un contratto accessorio al commercio di commissione. Confr. Guillouard, n. 22, p. 26, con gli autori ivi citati in nota 3; e n. 33, p. 38; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 916, p. 443, e n. 1190, p. 572.

(3) Calucci, *loc. cit.*

Digitized by Google

gazione cambiaria per sè stante e indipendente da tutte le altre (1).

Ma altri come il VIDARI (2) e una parte della giurisprudenza italiana considerano invece l'avallo come una fideiussione. È vero, scrive questo autore che la fideiussione dello avallante differisce alcun poco da quella disciplinata dal Codice civile, perchè anche l'avallo è una obbligazione cambiaria. Ma poichè fideiussione significa garanzia personale di un terzo a favore di un debitore, anche l'avallo è una fideiussione. Sarà una specie del genere fideiussione, sarà una fideiussione che necessariamente parteciperà della natura cambiaria dell'obbligazione garantita e del titolo da cui e questa e quella risultano; sarà dunque una fideiussione cambiaria; sarà una fideiussione *sui generis;* ma è un'obbligazione accessoria, che deriva quindi la propria vita dalla vita della obbligazione principale garantita; sicchè, nulla per incapacità o falsità, o per altre ragioni, l'obbligazione garantita, nullo è del pari l'avallo. Nè giova osservare che l'avallante può esser costretto a pagare prima ancora che il pagamento sia chiesto al debitore garantito; poichè questa è la condizione comune di tutte le obbligazioni solidali anche secondo il diritto comune (Codice civ. it. art. 1907 e 1186) e le obbligazioni cambiarie sono appunto obbligazioni in solido. Il fideiussore non perde la qualità sua di debitore di sussidio per ciò solo che egli può

(1) BOLAFFIO (*Temi Veneta,* 1884, n. 37); ID., *Questioni controverse nel giudizio cambiario,* n. 6; SUPINO, *Il Cod. di comm. it. commentato*, vol. III, n. 213, p. 139, con gli autori ivi citati; SCEVOLA, *Della cambiale e dell'assegno bancario* (Torino, 1889), n. 131, p. 105. Vedi pure in tal senso la Relazione parlamentare sul Cod. comm. it., e le sentenze e gli autori citati dal VIDARI, vol. VII, n. 7046. Adde: GALDI, *op. cit.*, p. 9-10.

(2) Vol. VII, n. 7048 e 7047, con le sentenze ivi citate. Nello stesso senso: BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 920, p. 445, e n. 1198, p. 577; MASSÉ, *Le droit commercial,* t. VI, n. 340 (Paris, 1847), il quale afferma che la differenza tra la fideiussione ordinaria e l'avallo è soltanto questa: che la fideiussione, anche quando si applica a una obbligazione solidaria come la cambiale, non stabilisce solidarietà che tra il fideiussore e quello dei debitori che egli ha garantito (Cod. comm. franc., art. 120), mentre l'avallo, tranne convenzione contraria, stabilisce solidarietà tra l'avallante e tutti i sottoscrittori della cambiale (Cod. comm. franc., art. 141). — Cass. Torino, 12 novembre 1894 (*Foro it.*, 1895, I, 220); Id., 12 settembre 1889 (*Ivi*, 1890, I, 27).

Digitized by Google

essere obbligato in solido col debitore principale e quindi costretto a pagare anche prima di questo; tale qualità non deve perdere neppure l'avallante rimpetto alla persona da lui garantita.

La Cassazione di Torino nella citata decisione 12 novembre 1894 (1) osserva: vero è che l'avallante, per l'art. 275 Cod. comm. it., è obbligato cambiariamente ancorchè non sia valida l'obbligazione della persona per la quale l'avallo è dato; ma ciò significa soltanto che un'obbligazione assunta come garanzia e nel necessario supposto di una valida obbligazione principale, giacchè senza di ciò il termine *garanzia* non avrebbe senso, può convertirsi essa medesima in obbligazione *principale* nel caso che l'obbligazione garantita sia riconosciuta invalida o nulla; non mai che fuori di questo caso e per regola generale l'obbligazione dell'avallante sia a considerarsi indipendente e per sè stante. In sostanza il creditore cambiario che non si fida della sola obbligazione del suo debitore, vuol esser garantito contro ogni eventualità; quindi non solo contro la semplice mancanza di pagamento da parte del debitore, ma eziandio contro il possibile caso di nullità della costui obbligazione. Ma se con ciò si constata un effetto maggiore dell'avallo in confronto della semplice fideiussione, non si esclude punto nel primo il carattere predominante di questa; sarà una fideiussione speciale, ma sempre una specie del genere fideiussione.

262. — La dottrina che nega il carattere fideiussorio dell'avallo, obbietta che se esiste tra questo e la fideiussione una affinità in quanto l'avallo è, come la fideiussione, una garanzia personale di un terzo a favore di un debitore, tuttavia la natura dell'avallo è diversa in quanto l'avallante garantisce il pagamento della cambiale non già *accedendo* all'obbligazione dell'avallato, ma obbligandosi *direttamente* e personalmente (2).

A sostegno di questa affermazione si cita l'articolo 275 del

(1) Vedi nota *retro*.

(2) Supino, *Il Cod. di comm. it. commentato*, vol. III, n. 213, p. 139, con gli autori ivi citati. Vedi pure in tal senso la Relazione parlamentare sul Cod. comm. it. — Consulta inoltre: Bolaffio, *Questioni controverse nel diritto cambiario*, n. 6; Scevola, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, n. 132, p. 106, Torino, 1889.

Digitized by Google

Cod. comm. italiano (confor. art. 297 Cod. comm. rumeno) per il quale l'avallante assume bensì le obbligazioni dell'avallato, ma « è obbligato cambiariamente ancorchè non sia valida la obbligazione della persona per la quale l'avallo è dato », Questa indipendenza della validità dell'avallo da quella della obbligazione garantita esclude la natura accessoria dell'avallo. E se l'avallo è un'obbligazione diretta e principale, non può essere ritenuto come una fideiussione, la quale è, per sua natura, un'obbligazione accessoria.

I fautori di questa teoria potrebbero anche aggiungere — e con ragione — essere assurdo il concetto (accolto nella citata sentenza della Cassazione torinese) che l'avallo sia originariamente obbligazione *accessoria*, ma che può *convertirsi* in obbligazione *principale* nel caso che l'obbligazione garantita sia riconosciuta invalida. La natura di una obbligazione non va soggetta a siffatte trasformazioni: ogni obbligazione conserva sempre il carattere originario, non ostante il variare delle contingenze nelle quali possa trovarsi.

263. — Il confronto tra la struttura giuridica dell'avallo con quella della fideiussione, esclude che l'avallo sia una vera fideiussione, sia pure cambiaria, o una fideiussione *sui generis*, quantunque tra l'uno e l'altro istituto sussista qualche comunanza di principî.

Volendo stabilire se l'avallo è o non è una fideiussione, è necessario tener conto non solo del suo contenuto nei rapporti tra l'avallante e l'avallato, ma altresì della sua natura cambiaria e del suo contenuto nei rapporti tra l'avallante e il possessore della cambiale (1).

Di comune con la fideiussione l'avallo, nei rapporti tra avallante e avallato, ha il fine economico e giuridico che è, come per la fideiussione stessa, la guarentigia personale di un'obbligazione altrui, mediante un vincolo assunto *proprio nomine* dal garante verso il creditore: « chi dà l'avallo, dichiara l'arti-

(1) Al Vivante (*Trattato di diritto comm.*, IV, parte 1ª, Torino, 1901, n. 1682, p. 124-125) si deve la chiara distinzione dei due aspetti giuridici diversi dell'avallo, secondo che si consideri l'avallante di fronte al possessore della cambiale o di fronte all'avallato.

La dottrina e la legislazione tedesche non somministrano aiuti in questa controversa materia.

Digitized by Google

colo 275 del Cod. comm. italiano, assume le obbligazioni della persona per la quale garantisce ». E poichè è giuridicamente impossibile la *garanzia* di ciò che non esiste, l'avallo è inesistente se è prestato per un'obbligazione *inesistente*, ad esempio, perchè la persona avallata non appose la firma sulla cambiale o l'appose col crocesegno o in altra forma non consentita (1).

Un secondo principio, comune alla fideiussione e discendente anch'esso dall'elemento della *guarentigia*, è relativo ai limiti dell'obbligazione che l'avallante assume. Essendo questa obbligazione una garanzia, per dichiarazione della stessa legge commerciale (art. 275 cit.), l'avallo non può, come la fideiussione, eccedere quanto è dovuto dalla persona avallata; per modo che se l'avallante si firma per una somma superiore all'ammontare della cambiale o della somma accettata dalla persona per cui diede l'avallo, questo va ridotto come la fideiussione al medesimo limite (Cod. civ. ital., art. 1900) (2).

In terzo luogo l'avallante che paga è surrogato come il fideiussore nei diritti del possessore contro la persona avallata, e contro gli obbligati anteriori (Cod. comm., art. 276) (3); e, come un fideiussore, ha diritto al rimborso della somma pagata con gli interessi e le spese (4).

Tutto ciò riguarda i rapporti tra l'avallante e l'avallato, i quali si sostituiscono all'avallo quando questo non ha più effetto cambiario.

264. — Se non che per decidere se l'avallo sia una fideiussione occorre, come si disse, tener conto altresì dei rapporti tra l'avallante e il possessore della cambiale, e della natura

(1) Così giustamente insegna il VIVANTE, *op. cit.*, IV, parte 1ª, n. 1686, p. 127-128, il quale osserva inoltre che non si può estendere una deroga ai principii che regolano le obbligazioni di garanzia (art. 1899, Cod. civ. it.) quale è la deroga contenuta nel citato art. 275 Cod. comm., tanto più che i motivi di questo articolo contrastano con l'estensione, poichè esso volle proteggere il possessore della cambiale contro i vizi occulti dell'obbligazione principale; non contro i vizi evidenti di forma che sono opponibili ad ogni possessore (art. 324). *Contra:* SUPINO, *op. cit.*, n. 226; VIDARI, VII, n. 6814; BOLAFFIO (*Temi Veneta*, 1885, p. 563).

(2) VIVANTE, *op. cit.*, n. 1686, nota 9 a p. 128.

(3) Vedi *ultra* nella *Parte Speciale*.

(4) Vedi *ultra* nella *Parte Speciale*.

Digitized by Google

cambiaria dell'avallo (1). E questi rapporti sono governati da principî tali che vietano di considerare l'avallo come una fideiussione.

L'avallo è valido, ad esempio, ancorchè sia *annullabile* la obbligazione dell'avallato (Cod. comm., art. 275), ad esempio, non soltanto per incapacità ma anche per vizio del consenso.

Se l'avallo fosse una fideiussione, tale principio sarebbe incompatibile colla massima secondo cui la fideiussione accedente ad un'obbligazione annullabile sussiste soltanto finchè non sia dichiarata la nullità di quest'ultima (arg. art. 1899, Cod. civ.) (2). Ma ciò non è perchè il legislatore, avendo tenuto in considerazione la natura cambiaria dell'avallo e gli scopi cui deve servire nei rapporti tra avallante e possessore della cambiale, volle proteggere con l'avallo stesso il possessore contro i vizi occulti dell'obbligazione avallata.

Così ancora, essendo l'obbligazione dell'avallante un'obbligazione cambiaria che l'avallante assume direttamente verso ogni possessore del titolo, essa è un'obbligazione autonoma in grado maggiore di quello proprio della fideiussione; dal che segue il principio per cui l'avallante non può opporre al possessore della cambiale le eccezioni personali dell'avallato, le quali sono eccezioni *de jure tertii* (3). Laddove il fideiussore, anche se obbligato in solido, può opporre non soltanto tutte le eccezioni inerenti al debito, ma altresì quelle personali al debitore principale, purchè non siano *meramente personali* (Codice civile italiano, art. 1927).

265. — Queste differenze sono sufficienti per escludere che l'avallo sia una fideiussione cambiaria o una fideiussione *sui generis*. Anche se si avverte che esso è una fideiussione *di natura cambiaria*, si ammette tuttavia necessariamente che l'avallo ha nel suo complesso i caratteri proprii della fideiussione, il che è escluso dalle notate differenze. E quando si dice

(1) L'avallo per atto separato che l'abrogato Cod. comm. it. del 1865 ammetteva, è attualmente vietato, e può valere soltanto come una fideiussione semplice senza effetti cambiari.

(2) Per il caso della fideiussione accedente ad un'obbligazione annullabile in forza di un'eccezione meramente personale all'obbligato (art. 1899, § 2), vedi *ultra* in questa *Parte Generale*.

(3) Vivante, *Trattato*, IV, parte 1ª, n. 1685, p. 127.

Digitized by Google

che è una fideiussione *sui generis*, si confessa pure necessariamente che non è una fideiussione.

Nè crediamo fondata la terminologia, secondo la quale l'avallo sarebbe una *garanzia oggettiva*, mentre la fideiussione sarebbe una *garanzia soggettiva*; e ciò per significare che la fideiussione assicura soltanto l'adempimento da parte del debitore, mentre l'avallo garantisce inoltre l'esecuzione dell'obbligazione contro ogni eventualità (1). Perocchè, come fu giustamente osservato (2), in ogni caso l'avallo non può sussistere per garantire un'obbligazione *inesistente*; in secondo luogo — aggiungiamo — anche se si voglia ammettere che l'avallo sia una garanzia *oggettiva* nei rapporti tra l'avallante e il possessore della cambiale, esso sarebbe d'altra parte, una garanzia *soggettiva* nei rapporti dell'avallànte con l'avallato.

Sezione XV.

L'obbligazione del girante cambiario.

Sommario: 266. Differenze tra questa obbligazione e la fideiussione.

266. — L'esame ora compiuto della natura giuridica dell'avallo e dei caratteri che lo differenziano dalla fideiussione, agevola la determinazione della differenza tra la fideiussione e l'obbligazione che sorge a carico del girante d'una cambiale verso il suo giratario.

Quest'ultima obbligazione, per la quale i giranti sono obbligati in solido verso il possessore della cambiale (arg., art. 314, 318, 320, Cod. comm. it.), non è una fideiussione solidale, perocchè il girante, apponendo la propria firma alla girata, crea un contratto cambiario in forza del quale egli è debitore diretto del giratario, mentre il fideiussore è debitore sussidiario. La qual cosa è anche logica essendo presumibile che, tranne il caso di simulazione, la girata avvenga per una nuova

(1) Così scrisse il Bolaffio in *Annuario*, II, p. 97.
(2) Vivante, *op. cit.*, IV, parte 1ª, n. 1682, nota 1 a p. 125.

Digitized by Google

causa debendi sottintesa (ad es. estinzione d'un debito) (1). La circostanza che i giranti, ove sia provata la mancanza di accettazione nei modi stabiliti, sono per l'articolo 314 Codice comm. it., solidariamente e rispettivamente obbligati a dar cauzione per il pagamento della cambiale alla scadenza e per il rimborso delle spese, non significa che la loro obbligazione sia di natura fideiussoria, essendo che altra cosa è l'obbligo di dare cauzione, sia pure mediante fideiussione, ed altro è l'essere tenuti in qualità di fideiussori. E non accettiamo l'opinione che il protesto sia una specie di *escussione impropria*, come crede il Giorgi (2), imposta al possessore della cambiale, quale conseguenza del carattere fideiussorio dell' obbligazione dei giranti. Perocchè, prescindendo da altre profonde differenze, mentre con l'escussione la legge vuole che il creditore costringa il debitore all'*esecuzione* della sua obbligazione, col protesto per mancanza di pagamento obbliga il possessore della cambiale a *far constatare l'inadempimento* dell' obbligazione cambiaria. Il carattere del protesto è pertanto troppo dissimile da quello dell'escussione perchè si possa considerare il primo come una specie di escussione impropria.

Sezione XVI.

La cauzione dei contabili.

Sommario: 267. Carattere *reale* della cauzione dei contabili.

267. — Con la fideiussione propriamente detta non vanno confuse le cauzioni che devono prestare i contabili o i funzionari dello Stato o dei Comuni, o di altri enti, a garanzia della loro gestione. Questa cauzione che impropriamente, come os-

(1) Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, vol. II, n. 452, p. 524. Questo autore, pur ammettendo che il girante sia debitore diretto del giratario e che le obbligazioni dei giranti vadano comprese nella figura della solidalità tra più coobbligati principalmente (Id., vol. I, n. 151, 190), opina che con la girata sorge una figura anomala in cui si uniscono la solidalità di più coobbligati principalmente e la fideiussione solidale. Non dividiamo questo concetto per le ragioni espresse nel testo.

(2) *Op. cit.*, vol. II, n. 452, p. 524.

Digitized by Google

serva il GUILLOUARD (1), i Francesi chiamano *cautionnement*, è una garanzia *reale*, la quale pertanto, comunque costituita (2), è ben diversa dall'intervento d'un terzo che si obblighi *personalmente* a rispondere della gestione del funzionario e quindi non costituisce una fideiussione.

Ma ciò non toglie che talvolta, oltre alla cauzione consistente nel deposito di denaro o d'altri valori, sia richiesta altresì una fideiussione propriamente detta. Ed allora se il contabile venga condannato a risarcire integralmente le perdite subite dallo Stato, la Corte dei conti, per gli art. 69, 64 e 67 della citata legge, combinati con l'art. 648 del regolamento, può non solo autorizzare la vendita della cauzione garantita dal privilegio di cui parla l'articolo 1958, n. 11 Cod. civ. it., ma anche condannare al pagamento i fideiussori, la cui responsabilità ha fondamento nel diritto comune (3).

(1) N. 36, p. 39-40. Confronta, per il diritto francese, PONT, II, n. 3. Vedi anche GALDI, *op. cit.*, p. 21; Corte d'app. Ancona, 21 luglio 1886 (*Filangieri*, 536).

(2) Vedi, per l'Italia, l'art. 65 della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, 17 febbraio 1884.

(3) Per i dettagli che non interessano il diritto civile possono vedersi gli art. 664 e seg. del citato regolamento.

Digitized by Google

TITOLO III

I REQUISITI DELLA FIDEIUSSIONE

SOMMARIO: 268. Partizione.

268. — Si riducono a quattro le condizioni essenziali per la esistenza della fideiussione, sia convenzionale che legale e giudiziaria:

1° Il consenso delle parti;

2° La capacità delle parti;

3° L'esistenza d'una valida obbligazione principale per la cui sicurtà vien prestata la fideiussione;

4° L'obbligazione personale del fideiussore di estinguere l'identica altrui obbligazione; ma nel caso soltanto in cui il debitore principale non la soddisfaccia e nei limiti dell'obbligazione principale.

Alla chiarezza di questa trattazione giova avvertire che l'obbligo di dar sicurtà potendo procedere da convenzione o da disposizione di legge o da ordine dell'autorità giudiziaria, il secondo requisito relativo alla capacità delle parti subisce delle variazioni, a seconda dei casi, per quanto concerne la idoneità del fideiussore.

Così se si tratta di fideiussione convenzionale e il debitore, al momento del contratto, presenta al creditore un garante che costui accetta, la questione della capacità del fideiussore è, in tal caso, priva di interesse sia perchè il creditore è libero di accettare per garante qualsiasi persona e la sua volontà, in quanto non sia contraria a disposizioni d'ordine pubblico, va rispettata; sia perchè egli stesso non può in tal caso revocare la propria accettazione (1).

(1) Vedi *ultra*.

Digitized by Google

Se invece si tratta di un debitore che siasi vincolato, per convenzione, a fornire un fideiussore non ancora accettato dal creditore, e se si tratta di un debitore obbligato a dar sicurtà o in forza di legge o in forza di ordine giudiziale, in tal caso, fermi i quattro requisiti enunciati, il fideiussore dovendo essere *idoneo* a norma di legge, deve inoltre rispondere a speciali requisiti relativi alla sua solvibilità e al suo domicilio, che sono bensì compresi nel requisito generale della capacità delle parti, ma costituiscono la *capacità speciale* del fideiussore di cui ci occupiamo più oltre.

Capo I.

IL CONSENSO.

Sommario: 269. La volontà delle parti. — 270. La volontà del debitore garantito. — 271. Vizi del consenso. — 272. Partizione.

269. — *La volontà delle parti*. — Il consenso delle parti è condizione di tutti i contratti; nè occorrono spiegazioni a tale riguardo.

Ma va notato che poichè il contratto di fideiussione intercede direttamente tra il creditore e il fideiussore, non è necessario il concorso della volontà del debitore principale.

270. — *La volontà del debitore garantito*. — Di qui la legislazione romana ricavava la conseguenza che « fideiu- « bere pro alio potest quisque, etiam si promissor ignoret » (L. 30, D. *h. t.*).

E nel diritto francese antico vigeva il principio che, come il creditore può procurarsi garanzie indipendentemente dalla volontà dal suo debitore, così il fideiussore può prestare garanzia all'insaputa del debitore, che può essere un suo amico assente, nello stesso modo che si può prendere cura degli affari d'una persona assente (1).

(1) Domat, *Les lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. I, n. 7.

Digitized by Google

Nacque da questi precedendi la disposizione del Codice francese (art. 2014) riprodotta dal Codice it. (art. 1901) per la quale ciascuno può rendersi fideiussore senza ordine ed anche senza saputa di colui per il quale si obbliga. Disposizione che si leggeva altresì negli abrogati Codici: sardo (articolo 2047); delle Due Sicilie (art. 1886); parmense (art. 2044); estense (art. 2028). E una disposizione consimile si ha nel Codice spagnuolo (art. 1823); portoghese (art. 1860); della Luigiana (art. 3007); di Haiti (art. 1778); del Chilì (art. 2345); dell'Uruguay (art. 2071); del Messico (art. 1815); della Columbia (art. 2371).

Allorchè il fideiussore si è vincolato dietro invito del debitore principale (il che avviene nel maggior numero dei casi) egli ha verso il debitore stesso un'azione che nasce dal mandato; mentre se egli ha prestato garanzia all'insaputa del garantito, ha verso di lui un'azione di gestione d'affari. La trattazione di questo argomento avrà la sua sede naturale nella *Parte Speciale* di questo volume.

Altrettanto si dica per la questione che sorge allorquando il fideiussore intervenga *malgrado* la contraria volontà del debitore principale. È indubitato che tale fideiussione, come espressamente dispongono i Codici spagnuolo (art. cit.), chileno (art. cit.), dell'Uruguay (art. cit.), della Columbia (art. cit.), del Messico (art. cit.), è anch'essa valida, potendo sempre il fideiussore, come si disse, vincolarsi indipendentemente dalla volontà del debitore. Resta allora a sapere se anche in questa ipotesi (rarissima e appena concepibile) il fideiussore abbia contro il garantito, che si è opposto alla garanzia, un'azione e di quale specie. Anche per questo argomento ci riferiamo alla *Parte Speciale*.

271. — *Vizi del consenso*. — Va poi notato che i vizi del consenso, i quali rendono annullabili i contratti, sono altresì causa di nullità della fideiussione, a norma delle disposizioni relative a tali vizi (1).

(1) Guillouard, n. 43, I, p. 46-47; Cassation, 30 juillet 1894 (*Pandectes françaises*, 1895, I, 93); Douai, 9 février 1893 (*Dalloz*, 1894, II, 213).

Per il diritto germanico vedi Lehr, *Éléments de droit civil germanique* (Paris, 1875), n. 224, p. 270-271.

Digitized by Google

272. — Posto ciò è necessario di esaminare:
1° l'efficacia della promessa di mallevare;
2° le forme del consenso;
3° le forme della fideiussione;
4° l'estensione della fideiussione;
5° la libertà di mallevare;
6° la trasmissibilità ereditaria della fideiussione.

Sezione I.

Promessa di mallevare.

Sommario: 273-274. Se la promessa di mallevare equivalga alla fideiussione.

273. — *La promessa di mallevare* è valida; e il creditore cui fu fatta può esigerne l'adempimento. Ma equivale essa alla stessa fideiussione?

Il Troplong (1) è per la negativa; egli osserva che il creditore non ha immediatamente una azione per obbligare il promettente a pagare, mentre ne ha una contro il vero fideiussore. Per essere esposto ad una condanna come fideiussore bisogna essere fideiussore, ed il promettente non è ancor tale. Se poi il creditore è stato negligente nel procedere contro il debitore; se lo ha lasciato diventare insolvibile, non approfittando delle occasioni che aveva di farsi pagare, non sarebbe giusto che il creditore potesse obbligare il promettente a prestare ad un insolvibile la fideiussione ch'egli aveva promesso soltanto in considerazione della sua solvibilità; il creditore è stato negligente e non incombe al promettente di riparare le conseguenze della sua colpa.

274. — Noi crediamo col Guillouard (2) che se, nella forma, la promessa di fideiussione differisce dalla fideiussione stessa, produce tuttavia, nella sostanza, le medesime conseguenze della fideiussione, allorchè la promessa sia accettata dal creditore.

(1) N. 42.
(2) N. 28, p. 32-33. Nello stesso senso Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 927, p. 449.

Digitized by Google

Il citato autore osserva giustamente essere bensì vero che prima di poter esigere dal promettente il pagamento, il creditore deve, per procurarsi un titolo, convenire il promettente per la realizzazione della sua promessa e per sentirsi dire che, in mancanza della prestazione effettiva della fideiussione. la sentenza di condanna a prestare la garanzia equivarrà all'atto di fideiussione; ma è questa una questione di forma, e, sostanzialmente, la promessa accettata produrrà tutti gli effetti di una fideiussione; e il promettente non potrà liberarsi dalla promessa allegando la negligenza del creditore nel procedere contro il debitore. È logico infatti che la promessa accettata di obbligarsi produca tra le parti gli effetti del contratto stesso.

Il principio qui esposto vale soltanto se la promessa di mallevare sia stata accettata dal creditore; mentre la semplice promessa, *nuda pollicitatio*, non accettata dall'altra parte è revocabile a volontà del promettente, e incapace di produrre vincoli giuridici per veruna delle parti (1).

Sezione II.

Forma del consenso.

§ 1.

Legislazione comparata.

Sommario: 275. Diritto romano. — 276. Antico diritto francese. — 277-279. Sistemi adottati dalle legislazioni odierne. — 280. Nostra opinione.

275. — Nel diritto romano la *fideiussio* veniva conclusa mediante stipulazione con la parola *fideiubere* « idem fide tua esse iubes? ».

Nel diritto antegiustinianeo erano usate inoltre due altre forme di stipulazione: la *sponsio* « idem dare spondes? » e la *fidepromissio* « idem fidepromittis? » Queste due forme non esistono più nel diritto giustinianeo (2).

(1) Confr. Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 928, p. 449. — Contro Lyon, 27 octobre 1888 (*Mon. jud. Lyon*, 18 mai 1889).

(2) Confr. Gaii, III, 115-127.

Digitized by Google

276. — Nell'antico diritto francese la malleveria poteva invece contrarsi mediante una semplice convenzione, o per atto notarile, o per scrittura privata, o anche verbalmente (1).

Nelle legislazioni civili moderne troviamo seguiti due diversi principii, oltre ad un sistema intermedio.

Secondo il primo la fideiussione è valida sia che venga contratta per iscritto, sia che si assuma verbalmente, purchè sia espressa. Secondo l'altro la fideiussione per esser valida deve essere fatta per iscritto. Secondo il terzo, la scrittura è voluta in un caso soltanto, in via di eccezione.

277. — Il primo sistema, che deriva dall'antico diritto francese, è seguito, come risulta dal silenzio della legge per quanto concerne la forma della fideiussione (2), dal Codice napoleonico (art. 2015), e dalle legislazioni di tipo francese per le quali vale il principio generale del diritto moderno che l'incontro dei consensi è sufficiente a vincolare i contraenti.

Così in Italia, disponevano le legislazioni precedenti l'attuale: Codici sardo (art. 2048); parmense (art. 2045); estense (art. 2029); e così dispone il vigente Codice civile italiano (art. 1902); per il quale la « fideiussione non si presume, ma dev'essere espressa ». Nello stesso senso i Codici spagnuolo (art. 1827); neerlandese (art. 1861); e portoghese (art. 826) (3); fra le legislazioni americane i Codici di Haiti (4); della Luigiana (art. 3008); del Venezuela (5); fra le cantonali svizzere il Codice del Cantone di Vaud (art. 1497), che è anch'esso di tipo francese; mentre il Codice del Cantone di Berna, modellato sulla legislazione austriaca, consentiva la forma verbale, ma soltanto per le fideiussioni prestate per una somma non eccedente cento franchi (art. 919).

Ammettono inoltre che il consenso delle parti possa darsi verbalmente: il diritto delle provincie baltiche (6), per il quale

(1) Pothier, n. 401, p. 179.

(2) Guillouard, n. 40, p. 43, con le sentenze e gli autori ivi citati in nota 1.

(3) Questo articolo dispone che la fideiussione può provarsi con tutti i mezzi stabiliti dalla legge per la prova del contratto principale (art. 826).

(4) Saint-Joseph, *Concordance* ecc., p. 330.

(5) Confronta Raoul de la Grasserie, *Code civil du Vénézuela*, p. 210, Paris, 1897.

(6) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, II, n. 1379, p. 454-455.

Digitized by Google

la fideiussione può darsi a voce o per iscritto, giudizialmente o stragiudizialmente, purchè risulti da una dichiarazione espressa o da atti non dubbi.

278. — Il sistema intermedio è quello adottato dal Codice civile argentino (art. 2006), per il quale la fideiussione può bensì essere contratta in qualsiasi forma (verbalmente, per scrittura pubblica o privata); ma se è negata in giudizio può provarsi soltanto per iscritto.

279. — Il principio che esige l'atto scritto, già seguito dal *Landrecht* prussiano (art. 203), dal citato Cod. del Cantone di Berna per le somme eccedenti 100 franchi (art. cit.); nonchè dal Codice del Cantone dei Grigioni e da quello di Zurigo (1), è adottato dal Codice federale svizzero delle obbligazioni (articolo 491) (2); dal Codice civile germanico (§ 766) (3); dal diritto inglese (4), per il quale non è però necessario che la causa dell'obbligazione sia scritta nell'atto; nonchè dal diritto generale russo, il quale esige un atto scritto, firmato dal fideiussore o rivestito di forma autentica se questi non sa firmare (5); e, fra le legislazioni americane, dal Codice civile dell'Uruguay (art. 2068) per il quale la fideiussione « no mediando confesion de parte, solo puede probarse per exirito. aunque su valor no exceda de doscientos pesos », e ciò come eccezione alla regola dell' art. 1556 Cod. cit., per la quale occorre l' atto pubblico o privato soltanto se l' obbligazione abbia per oggetto una cosa o quantità, il cui valore ecceda « docientos pesos ». Fra i Codici commerciali, dal Codice commerciale spagnuolo (art. 440) e chileno (art. 820) che esigono la scrittura sotto pena di inefficacia. Fra le leggi speciali, dal regolamento per il prestito dei libri nelle biblioteche pubbliche governative, 27 febbraio 1886 (art. 26).

(1) Lehr, *Élements de droit civil germanique*, n. 224, p. 272.

(2) « La fideiussione per esser valida dev'essere fatta in scritto ».

(3) « Per la validità del contratto di fideiussione si richiede il rilascio di una dichiarazione scritta di fideiussione. In quanto il fideiussore adempia la obbligazione principale, il difetto di forma è sanato ».

(4) Pawitt, *Le droit anglais codifié*, Paris, 1884, pp. 67 e 57.

(5) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1379, p. 454-455. — La scrittura deve specificare la somma per la quale la fideiussione è consentita.

Digitized by Google

280. — Fra i due sistemi ci sembra migliore quest'ultimo, siccome quello che si fonda sopra una giusta valutazione delle circostanze fra le quali può sorgere l'obbligazione fideiussoria, e delle relative conseguenze. L'esporsi al rischio di dover soddisfare per altri un'obbligazione è una facoltà che il legislatore non deve vietare. Ma il legislatore deve procurare che chi vuol costituirsi mallevadore, dia un consenso ponderato, senza precipitazione o leggerezza, senza di che, come avvertimmo, la fideiussione è privatamente e socialmente dannosa. A tal fine ben risponde la formalità dello scritto, pubblico o privato, poichè è evidente che chi si obbliga in questa forma ha maggior agio di meditare sulle conseguenze del fatto proprio, in confronto di chi si obbliga verbalmente, ossia in forma meno solenne. Nè l'atto scritto, che può essere anche privato, è formalità che ostacoli la prestazione della garanzia o renda difficile il trovar mallevadori; se si volesse ritenere il contrario, si dovrebbe allora bandire la forma scritta, anche per gli altri contratti sottoposti dalla legge a tale formalità. Il precetto del Codice francese: « le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès » (art. cit.), pecca per insufficienza di cautela; non basta esigere che la volontà di mallevare sia *espressa*, quando si consente che venga manifestata anche verbalmente.

Osserviamo poi col Ramponi (1) che l'espressione *non si presume* inserita nel citato articolo è inutile essendo evidente che la fideiussione non si può dedurre dalle circostanze quando il legislatore dichiara che *dev'essere espressa*, mentre è ovvio che non si può presumere legalmente non potendo esistere una presunzione legale senza un testo di legge.

(1) *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, p. 294, Torino, 1890. Confr. Lessona, *Teoria delle prove*, V, n. 94, p. 150-151, il quale spiega la detta espressione con l'idea del legislatore di indicare che la fideiussione esige una forma speciale di dichiarazione di volontà.

Digitized by Google

§ 2.

Manifestazione della volontà di mallevare.

SOMMARIO: 281. Opinioni varie degli autori. — 282. Nostra opinione. — 283. Casi in cui non v'è intenzione di mallevare. — 284. L'espressione della volontà di garantire in materia civile e commerciale. — 285. Applicazioni fatte dalla giurisprudenza. — 286. Conclusione.

281. — Precisiamo ora il senso dell'espressione adoperata nel citato articolo.

Le opinioni degli autori in questa interpretazione, peccano, in generale, di indeterminatezza.

Il POTHIER (1) insegna che non bisogna ritenere per fideiussione ciò che una persona dice o scrive « quando non vi sia una espressa volontà di costituirsi fideiussore ». Questo concetto, che ha evidentemente influito sulla redazione del citato art. 2015 del Codice francese, ha il difetto di non precisare abbastanza il senso dell' espressione *volontà espressa*.

Il TROPLONG (2) abbonda di esempi, ma si limita a dire, quanto al principio generale, che la fideiussione dev'essere « chiaramente manifestata ».

Il MIRABELLI (3) scrive che la parola *espressa* è adoperata in opposizione della parola *presunta*, e significa che dev'esser stata manifestata in qualunque modo e forma la volontà di rendersi fideiussore entro determinati limiti.

Il GUILLOUARD (4) scrive che per legge la volontà della persona che garantisce, espressa sia verbalmente sia per iscritto, dev'essere certa, manifesta, di modo che non esista alcun dubbio sulla sua volontà di mallevare.

Più esplicito era stato il LAURENT (5), il quale aveva scritto essere naturale che la fideiussione non si presume, poichè nessuna obbligazione si presume. « La legge poteva contentarsi di dire che la fideiussione deve essere espressa; il che

(1) N. 402, p. 179. Confr. DALLOZ, n. 22, p. 524.
(2) N. 134, p. 349.
(3) N. 9, p. 406.
(4) N. 66, p. 78.
(5) *Op. cit.*, n. 153. Confr. GALDI, p. 43.

Digitized by Google

esclude quella tacita; è necessaria una manifestazione di volontà *verbale*; è il senso della parola *espresso*. L'art. 2015 (Cod. franc.) deroga, sotto questo rapporto, ai principî generali di diritto ».

E più espliciti ancora sono il BAUDRY-LACANTINERIE e il VAHL (1) per i quali la frase « consentement *exprès* » significa consenso « exprimé, manifesté soit par une déclaration écrite, soit au moins par une déclaration verbale. Un consentement tacitement manifesté n'a pas paru offrir un caractère suffisant de certitude ». La fideiussione pertanto non può risultare da alcun atto « quelque significatif qu'il soit, manifestant tacitement la volonté de se porter caution ».

282. — La fideiussione per il citato art. 1902 Cod. it., « non si presume, ma deve essere espressa ». La volontà di prestar garanzia può adunque essere manifestata indifferentemente in modo espresso o tacito?

V' è chi opina in questo senso; ma l' interpretazione grammaticale e logica della disposizione riferita ci conduce a differente avviso.

Esprimere (exprimer, signifier, ausdrücken, to express, to declare) indica: significare, dichiarare un concetto, una volontà; ed *espresso* significa: chiaro, manifesto, dichiarato. Grammaticalmente adunque la frase « la fideiussione deve essere espressa » significa che la volontà di mallevare deve essere dichiarata esplicitamente, con parole, senza che possa essere dedotta da fatti o provata con congetture, il che significa che la fideiussione non può nascere da un consenso tacito. Non deve confondersi l' aggettivo *manifestata* con l' aggettivo *manifesta*, che equivale a espressa; può bensì dirsi che la volontà dichiarata in modo tacito sia nondimeno una volontà *manifestata*; ma non può affermarsi che in tal caso la volontà sia *manifesta*, ossia espressa, nel senso della riferita disposizione.

Logicamente si arriva all'identica conclusione. La fideiussione, come si disse, racchiude un rischio, e la legge vuole, con ragione, che chi vien richiesto di malleveria e chi volontariamente si offre mallevadore, meditino sulla gravità di

(1) *Op. cit.*, n. 929, p. 450.

Digitized by Google

tale vincolo. Nessuno pertanto può essere legalmente ritenuto fideiussore se non risulta che egli abbia manifestata la volontà di obbligarsi in modo espresso, con parole che non lascino dubbio circa la sua intenzione. Non occorrono parole sacramentali (1), essendo decisiva la volontà e non i termini; ma una dichiarazione esplicita scritta o verbale, di voler mallevare, è indispensabile; nessun altro fatto, nessuna congettura possono tener luogo di tale dichiarazione, perocchè solo in questa la legge vede una manifestazione chiara di tale volontà. La legge, in conclusione, ha derogato al principio per il quale il consenso nei contratti può darsi così in modo tacito come in modo espresso.

283. — In base al principio che abbiamo illustrato possiamo ritenere che le semplici raccomandazioni, i consigli, le buone informazioni sull'onestà e solvibilità di una persona non includono necessariamente la promessa di prestare garanzia (2). Non si può infatti parlare di obbligazione fideiussoria se questa non fu assunta esplicitamente, ossia con speciale dichiarazione.

284. — Il principio ora dimostrato è assoluto per la fideiussione civile; ma non è altrettanto assoluto per la fideiussione commerciale. Casaregis, seguito dal Troplong (3), così scrisse: « Aut suadens et commendans servavit terminos simplicis suasionis et commendationis, sine aliis verbis quibus erui possit *expresse vel virtualiter* obligatio aliqua vel promissio; tunc commendans et suadens nullo modo remanet obligatus quamvis commendatio vel suasio respiciat effectum alicuius negotii certi, et etiam quamvis qui suasiones recepit sine tali commendatione et suasione res suas non fidisset commendato.

« Sed si mercator ultra terminos simplicis persuasionis et commendationis scripserit verba prae se ferentia, *aut vir-*

(1) Ecco perchè fu, a nostro avviso, giudicato rettamente che le parole « buono per *avallo* » scritte sopra una firma producono fideiussione anche se si tratta d' una obbligazione che, non risultando da una cambiale, non può essere garantita mediante avallo. — Dijon, 25 octobre 1892 (*Gaz. Pal.*, 1893, 1, Suppl., 48).

(2) Vedi il *Rapport au Tribunat* del tribuno Chabot, in Fenet, XV, p. 50.

(3) N. 142.

Digitized by Google

tualiter habentia vim promissionis vel obligationis, non solum secundum proprium et litteralem eorum sensum, sed etiam secundum leges et consuetudinem mercatorum, quibus standum est omnino, tunc mercator de suis tenetur uti fideiussor illius » (1).

Noi distinguiamo la materia civile dalla commerciale. In materia civile crediamo, per le ragioni già dette, che per la vigente legislazione non sorga la fideiussione se non quando le parole scritte o pronunciate dall'autore della raccomandazione o informazione contengano *espressamente* la dichiarazione di voler prestare garanzia, e che mai possa parlarsi di fideiussione allorchè tali parole esprimano *soltanto virtualmente* la detta volontà. Questa manifestazione virtuale è chiaramente esclusa: 1° dalla lettera della citata disposizione legislativa dove si legge la parola *espressa*, che è precisamente il contrario di virtuale; 2° dallo spirito poichè ammettendo che basti una manifestazione virtuale si viola la volontà del legislatore il quale vuole che chi si costituisce fideiussore lo dichiari in termini tali da escludere ogni dubbio e da far ritenere che egli si vincoli con perfetta cognizione della natura della sua obbligazione.

Ecco perchè erra, a nostro avviso, il Troplong (2) quando, generalizzando, scrive che non bisogna ricusare di riconoscere la fideiussione « nelle clausole ove l'uso e la buona fede abitualmente la scorgono ». In materia civile non è all'uso e alla buona fede che si deve aver riguardo per decidere se la fideiussione sussista, bensì alla legge; la quale se non esige la pronunziazione di parole sacramentali, vuole però, come più volte dicemmo, che la volontà di mallevare sia sempre dichiarata. Fuori di questo caso non vi è mai fideiussione anche se l'uso abitualmente la riconosca.

In materia commerciale, dovendosi, al contrario, osservare gli usi mercantili, ove la legge commerciale non dispone (Cod. comm. it., art. 1), la fideiussione può risultare anche da una dichiarazione virtuale della volontà di mallevare, ove ciò sia consentito dagli usi stessi.

(1) Casaregis, *Disc.* 126, nn. 10 e 11.
(2) N. 146.

Digitized by Google

285. — La giurisprudenza è ricca di applicazioni del principio su enunciato.

In una fattispecie decisa dal Parlamento di Parigi (1), un mercante di Lione aveva raccomandato i due figli di un suo amico ad un pedagogo scrivendogli « il padre è uomo probo e pagherà ». Il padre morì; il pedagogo si rivolse al mercante; questi oppose che egli aveva scritto quelle parole unicamente *animo commendandi*. La domanda del pedagogo fu giustamente respinta; e lo si autorizzò a compulsare gli eredi del padre che era l'unico obbligato.

Un privato, richiesto se un tale che vuol prendere merci a credito è solvibile, risponde affermativamente dicendo che egli gli ha venduto vino e altre merci che colui pagò. Quel tale diventa insolvibile. Fu rettamente deciso che il privato non era tenuto come fideiussore (2).

In base allo stesso principio POTHIER (3) insegna che, sebbene una persona abbia cominciato a pagare per altri ancorchè questo fosse suo figlio, pagando per lui una porzione del di lui debito, da ciò non si può dedurre che abbia voluto farsi fideiussore pel di più del debito stesso. Così ancora fu giustamente ritenuto che la semplice apposizione della firma presso quella del debitore non produce fideiussione (4).

Consimili applicazioni si trovano nella giurisprudenza italiana (5).

286. — Concludendo, il decidere se l'intervento del terzo costituisca o no vera fideiussione è giudizio non solo di diritto, ma altresì di fatto. Ne segue che il giudice deve esaminare accuratamente i termini nei quali tale intervento si è verificato. Nel caso di dubbio l'autorità giudiziaria deve inter-

(1) Decisione del Parlamento di Parigi, 25 dicembre 1875 (*Dalloz*, n. 22, p. 524). Confr. Cod. civ. della Repubblica Argentina, art. 23.

(2) Decisione del Parlamento di Digione, 10 luglio 1617 (*Dalloz, loc. cit.*).

(3) N. 402.

(4) Tribunale civile Saint-Marcellin, 12 mai 1893 (*Rec. Grenoble*, 1895, 1, 103).

(5) Cass. Torino, 11 febbraio 1882, Costanzi c. Carozzi, citata dal CORSI, a p. 3; 28 luglio 1870 (*Gazz. giud.*, XXII, II, 502); Cass. Napoli, 12 marzo 1871 (*Legge*, X, I, 617); Cass. Firenze, 9 maggio 1881 (*Id.*, XXI, II, 14).

Digitized by Google

pretare tale dubbio a favore del preteso fideiussore, in base al principio che la fideiussione non si presume (1).

E se l'apprezzamento dei patti contenuti nel contratto di fideiussione, fatto dai giudici di merito è incensurabile in Cassazione (2), è invece censurabile il giudicato col quale siasi, con violazione della legge, ritenuta l'esistenza di una fideiussione non assunta in modo espresso (3).

§ 3.

L'articolo 1201 del Codice civile italiano.

SOMMARIO: 287. Se l'art. 1201 del Cod. civ. it. deroghi al principio per cui la fideiussione non si presume.

287. — La fideiussione non si presume. L'art. 1201 del Codice italiano (1216 Codice francese) deroga dunque a questa regola?

Ivi è dichiarato che se l'affare per cui fu contratto il debito in solido non riguarda che uno degli obbligati in solido, questi è tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali relativamente ad esso non sono reputati che come suoi fideiussori.

Questa disposizione non deroga al nostro principio. Il citato articolo si riferisce non già al caso di debitori obbligati verso il creditore in via accessoria, ma al caso di debitori obbligati in via principale (4). La legge li considera come fideiussori del coobbligato per favorirli, ossia per accordare ad essi le prerogative proprie dei fideiussori (5) quali le facoltà contemplate negli articoli 1919 e 1920 del Codice italiano (6). Ma questa presunzione non riguarda i rapporti fra i debitori e il *creditore*, ma soltanto quelli intercedenti *fra i condebitori*. E se la legge reputa gli altri coobbligati come

(1) GUILLOUARD, n. 29, p. 34.

(2) GALDI, n. 39, p. 46; Cass. Roma, 6 febbraio 1892 (*Foro it.*, 1892, p. 1163).

(3) Cass. Roma, 7 aprile 1884 (*Legge*, 1885, 168).

(4) Vedi *retro*, n. 250.

(5) Confr. TROPLONG, n. 147, che cita PONSOT, n. 113.

(6) GIORGI, *op. cit.*, vol. I, n. 126, p. 215.

Digitized by Google

fideiussori *relativamente ad esso*, ma non rispetto al creditore, ciò dimostra che, in sostanza, la obbligazione fideiussoria, che la legge presume in questo caso, ha una natura distinta dalla fideiussione propriamente detta; perocchè in questa il fideiussore ha tale qualità non solo di fronte al principale obbligato, ma altresì di fronte al di lui creditore. Trattasi adunque di una presunzione speciale derivante dalla specialità del rapporto obbligatorio, cui si riferisce; il che esclude la deroga all'esposto principio.

§ 4.

L'accettazione espressa del creditore.

Sommario: 288-289. Se occorra l'accettazione del creditore.

288. — È necessario che la fideiussione sia accettata espressamente anche dal creditore?

Vedemmo che per le legislazioni a tipo francese « la fideiussione dev'essere espressa ». Il vocabolo fideiussione può intendersi in due sensi, potendo indicare il contratto tra il creditore e il fideiussore, oppure l'obbligazione del fideiussore. Se il legislatore avesse adoperato tale espressione nel primo significato, dovrebbe certamente ritenersi essere necessario il consenso espresso anche da parte del creditore. Ma il fondamento della disposizione in discorso induce in contrario avviso; la detta disposizione, come s'è veduto, è dettata nell'interesse del fideiussore, e quindi è logico ritenere che il consenso espresso sia richiesto soltanto per esso. E poi il creditore, per regola, non si obbliga col contratto di fideiussione, essendo questa stipulata a suo vantaggio, senza che egli assuma un rischio. Non havvi pertanto alcuna ragione per reputare che il suo consenso non possa essere anche tacito, mentre l'esclusione del consenso tacito è una deroga ai principii generali (1).

Variano le altre legislazioni.

(1) In questo senso: Laurent, n. 157; Ricci, n. 328, p. 526; Galdi, n. 40, p. 47; Guillouard, n. 43, p. 46; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 929, p. 451 — Grenoble, 10 juin 1825 (*Sirey*, C. N. VIII, II, 86).

Digitized by Google

289. — Per il Codice argentino (art. 1986) l'accettazione del creditore è uno degli elementi del contratto di fideiussione.

Invece fra le legislazioni che richiedono in modo assoluto o relativo la scrittura per la validità della fideiussione (1), il Codice federale svizzero delle obbligazioni, il Codice del Cantone di Berna e il Codice germanico tacciono circa la necessità dell'accettazione per parte del creditore, mentre il *Landrecht* prussiano, dopo aver disposto che la fideiussione deve esser data per iscritto, soggiungeva nello stesso articolo (203) che « l'accettazione del creditore non è necessaria ». La quale disposizione è compatibile infatti anche col principio della scrittura, poichè ciò che importa è la dichiarazione esplicita del fideiussore di voler mallevare; dichiarazione che la legge vuole sia ponderata, per i rischi inerenti al fideiussore; mentre tale rigore non è necessario per il creditore che non assume rischi.

Sezione III.

Le prove della fideiussione.

Sommario: 290. Mezzi di prova. — 291. Prova mediante lettera. — 292-293. Applicabilità dell'art. 1325 Cod. civ. it. — 294. Conseguenze della regola precedente. — 295. L'art. 1326 Cod. civ. it.

290. — Da quanto si disse segue che per le legislazioni a tipo francese la prova della fideiussione può risultare sia da un atto pubblico, sia da una scrittura privata, sia da convenzione verbale. In questo ultimo caso, sorgendo questione sulla prova, sono applicabili le norme del diritto comune. Quindi per il Codice civile italiano la prova testimoniale non è ammessa, per la fideiussione civile, nei casi contemplati nell'art. 1341 del Codice civile italiano, salve le eccezioni stabilite dalla legge (art. 1341, 1347, 1348 Codice citato); mentre la fideiussione commerciale può provarsi con tutti i mezzi consentiti dalla legge commerciale, e quindi

(1) Vedi *retro*, n. 277-279.

Digitized by Google

con testimoni, anche nei casi contemplati nell'art. 1341 del Codice civile italiano, semprechè l'autorità giudiziaria lo consenta (Cod. comm. it., art. 44).

La fideiussione può anche essere provata per interrogatorio e per giuramento (1), ed essere assunta e provata per lettera, in materia civile e commerciale (2).

291. — *Assunzione di fideiussione per lettera*. — Il LAURENT (3) sostiene che la fideiussione può bensì essere provata, con la corrispondenza delle parti, in materia commerciale; ma che tale principio è molto contestabile in materia civile; perocchè v'è una sola disposizione del Codice francese che menziona le lettere come mezzo di prova, ed è l'art. 1985 relativo al mandato; e i termini nei quali esso è redatto provano che si tratta di una eccezione, poichè le *lettere* non sono *atti* e gli atti solo fanno prova.

Noi crediamo invece col GUILLOUARD (4) che i contratti in generale e quindi anche la fideiussione possono essere fatti per lettera, poichè la legge italiana, come la francese, non esige per la formazione dei contratti ordinarî alcuna forma speciale per provare l'accordo delle parti, bastando il semplice consenso, il quale perciò può essere dimostrato in qualsiasi maniera.

Aggiungasi che per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti anche i contratti, i quali devono farsi sotto pena di nullità per atto pubblico o per scrittura privata, sono validi quando risultano da lettere, non dovendosi, in mancanza di una definizione legale della scrittura privata restringerla in un concetto che esclude le lettere (5). A più forte ragione pertanto la lettera dev'essere ammessa per la fideiussione che non è neppur sottoposta alla formalità della scrittura.

(1) Cassazione Torino, 31 dicembre 1890 (*Giur. tor.*, 1891, 170); GALDI, *op. cit.*, n. 38, p. 45.

(2) Cassation, 14 mars 1811 (*Dalloz, Rép.*, v. *Cautionnement*, n. 158); GUILLOUARD, n. 41, p. 44; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 926, p. 449.

(3) *Op. cit.*, n. 158.

(4) N. 41, p. 44-45, e *Traité du mandat*, n. 35. Vedi anche il *Rapport au Tribunat* del tribuno TARRIBLE, in FENET, XIV, p. 189.

(5) LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. III, n. 123, p. 112; con le sentenze e gli scrittori indicati dal RAMELLA, *Trattato sulla corrispondenza*, Torino, 1896, n. 277, p. 307. Contro GIORGI, *Teoria delle obbl.*, vol. I, n. 316.

Digitized by Google

Da ultimo va notato che questo principio è conforme alle esigenze delle odierne contrattazioni le quali abbastanza spesso si fanno per corrispondenza, anche in materia civile.

292. — *Applicabilità dell'art. 1325 Cod. civ. it.* — In diritto francese si discute se la fideiussione sia contratto unilaterale per decidere se sia soggetta alla regola dell'art. 1325 Codice francese alla quale sfugge nella ipotesi affermativa, di modo che, nel detto caso, non deve esser fatta in doppio originale (1).

Tale questione è estranea al nostro tema, non avendo il Codice italiano accolto il sistema della pluralità degli originali per i contratti bilaterali.

Importa invece di esaminare l'applicabilità alla fideiussione dell'art. 1325 Cod. it. riprodotto (ma non integralmente) dall'art. 1326 Cod. franc. a norma del quale « la polizza o promessa per iscrittura privata, con la quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di denaro o a darle altra cosa valutata in quantità, debb'essere scritta per intero, di mano di chi la sottoscrive, o, per lo meno, è necessario che questi alla sua sottoscrizione aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicantevi in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa. Questa disposizione non si applica alle materie commerciali » (2).

293. — Se, come avviene per lo più, la fideiussione è assunta mediante un contratto unilaterale (3), l'atto che la contiene è sottoposto alla disposizione ora citata: 1° perchè, in tal caso, si tratta di una convenzione nella quale *una sola delle parti* (il fideiussore) si obbliga verso l'altra, come vuole il citato art. 1325 Cod. cit.; 2° perchè lo scopo della riferita disposizione è quello di evitare gli abusi del bianco segno;

(1) Guillouard, n. 7-8, p. 11-12, con gli autori e la giurisprudenza citati in nota ivi. Vedi inoltre Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 934, p. 453.

(2) La storia di questa disposizione, che ha origine francese, è estranea a questo studio; e per essa, come per la legislazione comparata, rimandiamo all'opera del Lessona, *Teoria delle prove*, vol. III, n. 125, p. 113-115, Firenze, 1898. Altrettanto diciamo per le critiche mosse alla detta disposizione. Vedi Id., *Ibid.*, n. 126, p. 115-116.

(3) Vedi *retro*, n 121-123.

Digitized by Google

e il pericolo di questi abusi si verifica per le obbligazioni accessorie non meno che per le obbligazioni principali (1).

E qui conviene notare che la legislazione italiana differisce dalla francese: 1° per l'oggetto della polizza, essendo che, mentre il Codice francese parla d'*une somme d'argent ou une chose appréciable* (2), il Codice italiano parla di somma di denaro o di altra *cosa valutata in quantità*; 2° per le eccezioni, poichè il Codice italiano esclude dalla menzionata regola soltanto le materie commerciali; 3° perchè, mentre il Codice francese parla di *une seule partie qui s'engage envers l'autre*, il Codice italiano parla di una sola delle parti, anzichè di una sola parte; il che, come vedremo, ha una speciale importanza (3).

294. — Applicando ora alla fideiussione la regola su riferita si ricavano i seguenti principî:

1° Devono assoggettarsi all'art. 1325 soltanto le fideiussioni assunte per scrittura privata sottoscritta e non le fideiussioni per atto pubblico; e neppure le fideiussioni contratte per scrittura privata con firma autentica, se dalla autenticazione risulta che la scrittura fu letta alle parti (4);

2° Va sottoposta alla detta regola la fideiussione in

(1) Guillouard, n. 9, p. 13; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 934. p. 453-454, con le numerose sentenze delle autorità giudiziarie francesi e con gli autori ivi citati in nota 1 a p. 454. — Vedi inoltre la sentenza della Cass. Roma, 27 aprile 1887 (*Legge*, 1887, vol. I, p. 794), così motivata: « D'altronde la ragione ond'è stata introdotta questa formalità, intesa a prevenire le dolose alterazioni della cifra del debito nelle obbligazioni rilasciate con firma in bianco, alterazioni che possono ricorrere anche nella determinazione della somma per la quale si offre garantia, e le parole altresì della legge incondizionate ed assolute nel suo precetto, ne allargano l'applicazione al garante non meno che al debitore principale ».

(2) Cod. franc., art. 1326: « Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

« Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service ».

(3) Confr. Lessona, III, n. 125, p. 115, e n. 127, p. 116.

(4) Confr. Lessona, III, n. 127, p. 116.

Digitized by Google

quanto risulti da un contratto unilaterale, anche se la scrittura che la contiene sia firmata da più persone obbligate in modo principale e in forma fideiussoria e l'atto stesso sia scritto per intero dall'obbligato principale. Il che risulta in modo chiaro dal testo della legge italiana, la quale parlando di *una sola delle parti* anzichè di *une seule partie*, a differenza del Codice francese, dimostra, togliendo i dubbi sorti fra gli scrittori francesi, che si deve considerare l'unilateralità della obbligazione e non l'unicità della persona (1);

3° Affinchè la fideiussione sia soggetta alla forma speciale dell'art. 1325 è necessario che essa consista nell'obbligo di pagare al creditore, per il debitore principale, « una somma di denaro » o nell'obbligo di dare al creditore stesso, per il detto debitore, « altra cosa valutata in quantità ». Il che significa che, per la legislazione italiana, la quale ha una formola più precisa della francese (2), deve trattarsi o di somma di denaro determinata, o di cose fungibili determinate in quantità con esclusione dei valori indeterminati al momento in cui la fideiussione viene sottoscritta (3);

4° Se la scrittura di fideiussione è stesa tutta di mano del debitore, non è necessario che la somma o la quantità della cosa siano scritte in lettere, per disteso; perocchè l'art. 1325 prescrive alternativamente che la polizza sia scritta per intero di mano di chi la sottoscrive, oppure che il sottoscrivente aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicante in lettere, per disteso, la somma o la quantità della cosa;

5° Per la stessa ragione se la fideiussione è scritta da persona diversa dal fideiussore, non basta, al contrario, che la somma o la quantità siano espresse in cifre (4);

(1) Lessona, n. 127, p. 116-117. Confr. Cass. Napoli, 5 maggio 1899 (*Foro it.*, 1900, I, col. 80).

(2) Quest'ultima parla di « *somme d'argent ou une chose appréciable* ». — Vedi *retro*, n. 293.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 756, testo e nota 69; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXIX, nota 464; Mattirolo, *Tratt.*, III, 4ª ediz., n. 271; Lessona, III, n. 128, p. 118-119, con le sentenze ivi citate in nota 2 a p. 119. — Contro Guillouard, n. 10, p. 13-15.

(4) Lessona, III, n. 129, p. 119, con gli autori citati in nota 3.

Digitized by Google

6° Se poi la fideiussione è scritta di mano d'altri, ma la somma o la quantità furono scritte di mano del fideiussore, non è più necessario il buono od approvato essendo che lo scopo della legge è ugualmente raggiunto (1);

7° Se la fideiussione viene assunta senza la formalità dell'art. 1325, l'obbligazione è tuttavia valida perocchè tale forma speciale non è prescritta *ad substantiam*; ma la prova è mancante. La scrittura non olografa, priva del buono od approvato, può nondimeno costituire di per sè una presunzione semplice, o un principio di prova scritta, o una frazione di prova (2);

8° Supposto che la sottoscrizione sia disconosciuta, la scrittura non può produrre gli effetti indicati, se non viene verificata;

9° A norma del riferito art. 1325 non è soggetta alla forma speciale ivi prescritta la fideiussione nelle « materie commerciali ». Concordiamo col Lessona (3) nel ritenere che il concetto di « materie commerciali » è quello accolto dal Codice di commercio vigente, e non da quello abrogato, quantunque ad esso si riferisca il Codice civile.

Ciò posto, si deve considerare soltanto la qualità commerciale o civile della fideiussione e non già la qualità di commerciante o non commerciante della persona che lo assume.

Sicchè se la fideiussione è commerciale (4) non è soggetta alla forma speciale dell'art. 1325 ancorchè assunta da un non commerciante; mentre se la fideiussione è civile, vi è sottoposta anche se assunta da un commerciante, salva la disposizione dell'art. 4 Cod. comm.

Dato che una delle parti (creditore o fideiussore) sia commerciante e l'altra no, la fideiussione deve, a termini dell'art. 54 Cod. comm., essere regolata con la legge commerciale: ossia si reputa la fideiussione come pertinente alla

(1) Lessona, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 453.

(2) Lessona, III, n. 130, p. 120-121, con le numerose sentenze e con gli autori ivi citati in nota 1 a p. 120.

(3) Lessona, III, n. 131, p. 122.

(4) Vedi il n. 124 e seg.

Digitized by Google

materia commerciale; sicchè in tal caso la fideiussione non è soggetta alla formalità dell'art. 1325 Cod. civ. (1).

295. — Da ultimo, a termini dell'art. 1326 Cod. civile, quando la somma espressa nel corpo dell'atto è diversa da quella impressa nel *buono* si presume che la obbligazione fideiussoria sia per la somma minore, ancorchè l'atto, come pure il buono, siano scritti per intero di mano di colui che si è obbligato come il fideiussore, ove non si provi in qual parte sia precisamente l'errore.

SEZIONE IV.

L'estensione della fideiussione.

SOMMARIO: 296. I termini nei quali è manifestato il consenso. — 297. Partizione.

296. — Poichè l'esistenza dell'obbligazione fideiussoria, la quale non si presume, dipende dalla manifestazione espressa del consenso (2), è ovvio che per determinarne la estensione si deve aver riguardo ai termini nei quali il consenso si è manifestato (3). Onde la fideiussione non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta. Questa massima sarebbe indiscutibile anche se la legge non l'avesse espressamente dichiarata.

Ma quasi tutte le legislazioni a tipo francese e alcune di tipo tedesco la sanciscono in modo espresso. Ciò non era necessario, ma evidentemente si è voluto abbondare nelle precauzioni per tutelare gli interessi dei fideiussori malcauti: Codice franc., art. 2015; Cod. it., art. 1902 (con gli abrogati Codici: delle Due Sicilie, art. 1887; sardo, art. 2048; parmense, articolo 2045; estense, art. 2029); portoghese, art. 1827; del Cantone di Vaud, art. 1497; neerlandese, art. 1861; mussulmano, art. 945; austriaco, § 1353; della Luigiana, articolo 3008; chileno, art. 2347; dell'Uruguay, art. 2068; mes-

(1) Confronta: GIORGI, *Teoria delle obbl.*, vol. I, n. 342, p. 393; LESSONA, III, n. 131, p. 122.

(2) Vedi *retro*, n. 282.

(3) Confr. Trib. civ. de Lyon, 11 avril 1894 (*Gazz. Trib.*, 13 mai 1894).

Digitized by Google

sicano, art. 1826; del Guatemala, art. 2222; columbiano, art. 2373.

297. — In questa materia bisogna distinguere due specie di fideiussione:

1° la fideiussione limitata;

2° la fideiussione illimitata o indefinita.

È limitata la fideiussione in cui il fideiussore ha dichiarato che intende di garantire soltanto una parte del debito.

È illimitata quando il fideiussore ha inteso di obbligarsi senza restrizioni, come il debitore principale.

Nel caso di dubbio se la fideiussione sia limitata o indefinita, si deve interpretare il dubbio a favore della limitazione come conseguenza del principio posto dal citato articolo 1902 Cod. ital, e in applicazione dell'altro principio stabilito dall'art. 1137 Cod. ital., per il quale « nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione » (1).

§ 1.

La fideiussione limitata.

SOMMARIO: 298. Principio fondamentale. — 299. Applicazioni. — 300. Se la morte del debitore liberi il fideiussore. — 301. *Quid juris* se l'usufruttuario garantito cede l'esercizio del suo diritto? — 302. *Quid juris* per il fideiussore di una donna usufruttuaria se questa si marita? — 303. La fideiussione non si estende « de tempore ad tempus ».

298. — Per una celebre massima degli antichi dottori: « fideiussio est strictissimi juris et non durat vel extenditur de « re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus » (2). L'influenza di tale massima è palese nel § 9, libro IV, cap. X del Codice bavarese, così concepito: « La fideiussione è interpretata nel senso più stretto. Così quando ha per oggetto il principale, non si estende agli interessi, ecc. », e nel § 1353 del Codice austriaco: « La sicurtà non può estendersi oltre a ciò che il fideiussore ha espressamente dichiarato », come pure

(1) LAURENT, n. 170; GUILLOUARD, n. 67, p. 80; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1004, p. 492.

(2) MARSILI, nn. 91, 94, 97.

Digitized by Google

nel § 258 del *Landrecht* prussiano: « La sicurtà si interpreta nel senso più stretto, ecc. ».

299. — La misura dell'obbligazione fideiussoria limitata è, per regola, una questione di fatto oltre che di diritto. Si tratta infatti d'interpretare la volontà delle parti. E in ciò il giudice deve non già fermarsi alle parole, ma indagare quale sia stata la detta volontà delle parti (art. 1131 Cod. civ. it.) (1).

Ecco alcune applicazioni:

Se il fideiussore si è obbligato soltanto per il capitale non è tenuto per gli interessi. Il giureconsulto Paolo dà questo esempio: Petronio, Tullo ed altri prestarono fideiussione per Aurelio Romolo conduttore dei vettigali; il fisco occupò i beni di Romolo chiamando in giudizio i fideiussori tanto per il capitale quanto per gli interessi. Essi opposero, mostrando la sottoscrizione della fideiussione, di essersi obbligati per la sola annua somma di cento. Fu deciso che i fideiussori non erano tenuti *in usuras* (2).

Chi ha prestato fideiussione per gli interessi semplici non è tenuto per gli interessi capitalizzati (3).

Chi ha prestato fideiussione limitatamente al pagamento della pigione dovuta dal conduttore non è tenuto alle altre obbligazioni che possono nascere dal contratto di locazione (4). E neppure è tenuto per il caso di tacita riconduzione se ciò non fu consentito espressamente (Cod. ital., art. 1594).

Chi ha prestato fideiussione per le somme che il creditore presterà ad un terzo, in base ad una apertura di credito, fino alla concorrenza di una somma determinata, non è tenuto per le cambiali firmate dal debitore posteriormente a tale convenzione, ove sia provato che le cambiali si riferiscono a impegni anteriori alla fideiussione (5).

(1) Laurent, n. 169; Galdi, n. 42, p. 49.

(2) L. 68, § 1. D., *h. t.* Vedi: Guillouard, n. 69, p. 80; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 994, p. 488, con gli autori e le sentenze ivi citati in nota 2.

(3) Cass., 2 février 1886 (*Sirey*, 1887, 1, 5); Guillouard, n. 69, p. 80; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(4) Laurent, n. 175; Corsi, p. 66. Circa l'estensione della fideiussione come garanzia delle obbligazioni del conduttore *in generale*, vedi Fubini, *Delle locazioni immobiliari*, n. 226, p. 189-190, Milano, 1900.

(5) Confr. Laurent, n. 171.

Digitized by Google

Chi ha garantito un conto corrente aperto da un banchiere ad un commerciante, mediante una fideiussione limitata a una data somma, non è responsabile delle somme che l'accreditato debba al creditore, non in forza del conto corrente, ma di quasi delitto dipendente da falsi e distrazioni di valori compiuti da un commesso dell'accreditato stesso (1).

300. — « Fideiussio non extenditur de persona ad personam »; ma non si deve esagerare la portata di questa massima. Dice assai bene il TROPLONG (2) che la fideiussione non è talmente personale da estinguersi di pieno diritto con la persona per la quale si è prestata la garanzia: essa dura sin che duri l'obbligazione principale; e quando questa obbligazione è di quelle che si trasmettono agli eredi, quando il debitore ne ha legato a costoro l'adempimento, la fideiussione si prolunga anche dopo che il debitore principale è sostituito dai suoi eredi. La fideiussione è guarentigia non solo della solvibilità e probità del principale obbligato, ma altresì di un'obbligazione definita e positiva; di modo che se questa sopravvive al debitore, permane anche la fideiussione.

La morte adunque del debitore principale non libera, per regola, il fideiussore dalla sua obbligazione (3).

301. — *Quid juris* se un usufruttuario dà un fideiussore al nudo proprietario per garantirlo contro i possibili abusi del godimento (art. 497 Cod. civ. ital.; art. 601 Cod. franc.), e poi cede ad altri l'esercizio del suo diritto? (Cod. civ. it., art. 492).

Per sostenere che il fideiussore resta obbligato, malgrado la detta cessione, si afferma: 1° che l'usufruttuario resta obbligato verso il nudo proprietario, anche dopo la cessione; onde il fideiussore deve restare obbligato come il primo; 2° che essendo il diritto di usufrutto cedibile per sua natura, il fideiussore poteva e doveva prevedere l'eventualità di questa cessione; e se non voleva restar garante anche in tal caso, doveva dichiararlo formalmente; 3° che il sistema contrario sacrificherebbe ingiustamente i diritti del nudo proprietario (4).

(1) Confr. LAURENT, n. 173.
(2) N. 151.
(3) CASAREGIS, Disc. 152, n. 10.
(4) AUBRY et RAU, IV, § 426 e nota 1; PONT, *Des petits contrats*, II, n. 100.

Digitized by Google

Noi crediamo invece, col GUILLOUARD (1) e col TROPLONG (2), che il fideiussore resti liberato perchè: 1° non è logico presumere che il fideiussore garantendo l'usufruttuario abbia anche inteso di garantire gli abusi che può commettere la persona sostituita dall'usufruttuario stesso, mentre non ne conosce le abitudini e il carattere; 2° perchè mentre, nell'ipotesi contemplata al numero precedente, il fideiussore poteva e doveva prevedere la possibilità del cambiamento di persona (essendo che la morte del debitore e la conseguente successione sono fatti normali), invece, nel caso in esame, il fideiussore non doveva necessariamente prevedere che l'usufruttuario avrebbe ceduto l'esercizio del suo diritto, essendo tale cessione un fatto eccezionale; 3° il nudo proprietario, allorchè il fideiussore è liberato per effetto della cessione, ha il diritto di esigere un altro fideiussore, oppure di far pronunciare la decadenza dell'usufrutto per inadempienza dell'usufruttuario; 4° in ogni caso *è almeno dubbio* se il fideiussore debba rimanere obbligato anche nel caso di cessione; e questo dubbio va a suo favore (3).

302. — Il fideiussore di una donna usufruttuaria è liberato dalla propria obbligazione se essa si marita?

L'affermativa è sostenuta da PROUDHON (4) e da TROPLONG (5), per questa ragione che il *godimento* dell'usufrutto è trasferito al marito; onde il fideiussore non può esser tenuto per fatti non compiuti dalla persona che egli ha voluto garantire, essendo la fideiussione *strictissimi juris*.

La negativa è sostenuta da PONSOT (6) e GUILLOUARD (7) per le seguenti ragioni alle quali noi ci associamo: 1° il matrimonio non toglie alla donna nè il suo titolo di usufruttuaria, nè il suo diritto di usufrutto; 2° è irrilevante che i beni siano amministrati dal marito e che questi ne percepisca i frutti, perocchè ciò non modifica le obbligazioni della donna nè la

(1) N. 71, p. 85.
(2) N. 153. Confr. PROUDHON, *De l'usufruit*, II, n. 861.
(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*, in fine.
(4) *Op. cit.*, II, n. 861.
(5) N. 154.
(6) *Du cautionnement*, n. 31.
(7) N. 86, p. 86.

Digitized by Google

posizione del fideiussore; 3° il fideiussore ha potuto e dovuto prevedere il matrimonio dell'usufruttuaria, che è un fatto normale; 4° egli, del resto, ha una garanzia nella qualità del nuovo amministratore e soprattutto nell'ipoteca legale della moglie sui beni del marito; perocchè se questi amministra male, la moglie ha una azione ipotecaria, in ragione delle indennità alle quali essa sia condannata; azione che il fideiussore può esercitare egli stesso come surrogato nei diritti della moglie, nel caso in cui il fideiussore sia obbligato a pagare per essa.

303. — «Fideiussio non extenditur de tempore ad tempus». Quindi il mallevadore di chi è investito d'un ufficio temporaneo, non è necessariamente fideiussore del medesimo anche quando acquisterà la stabilità della carica, salvo patto contrario (1). E per la stessa ragione il fideiussore di chi è affittuario per nove anni, non è necessariamente mallevadore per l'affitto ulteriore che quegli può stipulare col proprietario (2). E il fideiussore del tutore che dopo la cessazione della tutela per l'età del pupillo, continua ad amministrare senza necessità, non resta obbligato per quanto si fa dal tutore dopo la detta epoca (3).

§ 2.

La fideiussione illimitata.

Sommario: 304. La fideiussione illimitata segue l'obbligazione garantita « in universam causam ». — 305-308. Legislazione comparata. — 309. Gli accrescimenti e le alterazioni del debito principale. — 310-311. Responsabilità per gli interessi legali e convenzionali. — 312. Responsabilità per gli interessi moratorii. — 313. Responsabilità per i danni cagionati da colpa del debitore. — 314. Alterazioni del debito per colpa del debitore. — 315. Risoluzione del contratto per colpa del debitore. — 316. Responsabilità per le obbligazioni di un fallito concordatario. — 317. Fideiussione per la locazione. — 318. Responsabilità per l'incendio del fondo locato. — 319. Responsabilità per le conseguenze dipendenti dal debito principale. — 320. Responsabilità per le spese fatte dal creditore. — 321. La denuncia da farsi al fideiussore. — 322. *Quid juris* per le

(1) Marsili, n. 94.
(2) Troplong, n. 155.
(3) L. 46, § 4, D: *de admin. tutor.*

Digitized by Google

speso fatte dal debitore? — 323. *Quid juris* per le obbligazioni del debitore posteriori alla fideiussione?

304. — Esaminata l'ipotesi in cui nel contratto di fideiussione siano fissati i limiti entro i quali il fideiussore si obbliga, si presenta l'altra in cui la fideiussione sia stata contratta in termini indefiniti, ossia senza clausole che ne restringano la portata.

In questo caso, la fideiussione abbraccia tutto ciò ch'è compreso nell'obbligazione principale, ossia la segue *in universam causam*.

Per espressa disposizione dei Codici modellati sul francese, la fideiussione indefinita si estende infatti a tutti gli accessori del debito ed anche alle spese della prima domanda e a tutte quelle posteriori alla denunzia fatta al fideiussore: Cod. franc. (art. 2015); Cod. it. (art. 1903) coi cessati Codici: delle Due Sicilie (art. 1888); sardo (art. 2049); estense (art. 2030); parmense (art. 2046); Cod. neerlandese (art. 1862); Cod. del Cantone di Vaud (art. 1498).

Tace al riguardo il Codice portoghese, mentre il Codice spagnuolo (art. 1827) dichiara che se la fideiussione è semplice o indefinita, comprenderà non soltanto l'obbligazione principale, ma altresì tutti gli accessori, comprese le spese giudiziali, avvertendo però a questo riguardo che essa si estenderà soltanto « aux frais exposés depui que la caution a été sommée de payer » (1).

305. – Il Codice austriaco non contiene una disposizione espressa.

Il Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 499) dichiara che « il fideiussore è responsabile per l'ammontare del debito principale, come anche per le conseguenze legali della colpa o della mora del debitore principale. Invece non è responsabile per le spese degli atti di escussione in confronto del debitore principale, se non quando in tempo utile sia stato posto in grado di evitarle mediante il soddisfacimento del creditore. Ove si tratti di interessi convenzionali, il fideiussore, quando non siasi altrimenti pattuito, è respon-

(1) Versione francese di A. Levé (Paris, Pedone-Lauriel, 1890).

Digitized by Google

sabile della annualità degli interessi in corso e di quella precedente ».

Il *Landrecht* prussiano (258-260) conteneva disposizioni più rigorose: per esso la fideiussione doveva interpretarsi in senso strettissimo; e non si estendeva agli accessori del debito; tuttavia la fideiussione d'una obbligazione producente interessi rispondeva di quelli dell'ultima annata. E per il § 265, la fideiussione data per assicurare la restituzione d'una cosa, si estendeva ai frutti e agli accrescimenti.

Il vigente Codice germanico al § 767 dispone: « Per l'obbligazione del fideiussore è decisivo lo stato in cui si trova al momento l'obbligazione principale. Ciò vale, in ispecie, anche se l'obbligazione principale vien mutata per colpa o mora del debitore principale. L'obbligazione del fideiussore non è accresciuta da un negozio giuridico che il debitore principale compie dopo l'assunzione della fideiussione.

« Il fideiussore risponde delle spese di denuncia e di prosecuzione del diritto che il debitore principale deve rifondere al creditore ».

306. — Per diritto russo la fideiussione, in Curlandia, si applica, salvo riserva espressa, al principale del debito e agli accessori, compresi gli interessi, anche moratori, le spese e i danni interessi; in Estonia e Livonia non si estende invece, tranne convenzione speciale, alle spese e ai danni interessi (C. B. 4512; 4513) (1).

307. — Il Codice chileno al citato art. 2347 e il columbiano al citato art. 2373 dopo aver dichiarato, a somiglianza delle legislazioni di tipo francese, che la fideiussione non si presume, nè deve estendersi oltre quanto sia espresso, avverte che la fideiussione indefinita comprende « todos los accesorios de la deuda, como los intereses (2), las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimacion que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores á esta intimacion; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha ».

(1) Lehr, *Élem. de droit civ. russe*, to. II, n. 1366, p. 448.
(2) Confr. Cod. civ. argentino, art. 1997.

Digitized by Google

Il Codice dell'Uruguay art. 2068 capov., con disposizione generica statuisce che la fideiussione indefinita comprende « todos los accesorios de la deuda ».

Il Codice messicano (art. 1827) pone innanzi tutto un esatto principio generale: « Cuando la fianza no contenga excepciones ó limitaciones, la obligacion del fiador será absolutamente igual á la del deudor principal ». E soggiunge all'art. 1828 che: « El fiador es responsable para con el acreedor y el deudor de los gastos, daños y perjuicios que ocasione por su culpa ó mora ».

308. — Da ultimo, per la legislazione giapponese (articolo 447), la fideiussione indefinita comprende « les intêrets, les peines stipulées pour le cas d' inexécution, des dommages-intérêts et tous les accessoires de l'obligation principale »

309. — Quantunque la fideiussione indefinita segua *in omnem causam* l'obbligazione principale, è tuttavia anch'essa di stretta interpretazione come la fideiussione limitata, giacchè non si deve aggravare la condizione del fideiussore che assume gli obblighi del debitore, mentre il creditore, per regola, non si obbliga verso quello (1).

In altri termini, impera sempre il principio per il quale la fideiussione non può mai estendersi oltre i limiti entro i quali fu contratta. L'esemplificazione di questa regola fu da noi data al § precedente e ad essa ci riferiamo.

E perchè la legge rende omaggio alla volontà delle parti, ha dichiarato che la fideiussione indefinitamente contratta comprende le accessioni del debito e le spese (2), essendo presumibile che in tal caso il fideiussore ha voluto obbligarsi nella misura stessa del debitore principale, conformemente alla natura accessoria della fideiussione, e quindi anche per quegli accrescimenti e quelle alterazioni che l'obbligazione principale subisce per fatto del principale debitore, i quali, per la detta accessorietà, non sono per il fideiussore *inter alios acta* (3).

Da questa regola discendono svariate conseguenze.

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 996, p. 488-489.

(2) Vedi *ultra*.

(3) Geib, *op. cit.*, § 5, n. 3, p. 77-79, e n. 4, p. 79-83. Confr. Cassazione Roma, 28 dicembre 1892, cit. dal Galdi, n. 46, p. 56.

Digitized by Google

310. -- Il fideiussore che ha garantito il rimborso di una somma di denaro è tenuto anche per gli interessi legali e convenzionali, essendo che questi fanno parte dell'obbligazione principale, rappresentando il corrispettivo del godimento del capitale; corrispettivo che il creditore ha diritto di esigere (1).

Il fideiussore risponde non solo degli interessi in corso, ma altresì di tutti quelli arretrati, perocchè e gli uni e gli altri sono accessori del debito.

311. — Invece il citato Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 499) stabilisce un limite alla responsabilità del fideiussore per gli interessi convenzionali, disponendo che ove si tratti di tali interessi « il fideiussore, quando non siasi altrimenti pattuito, è responsabile dell'annualità degli interessi in corso e di quella precedente ».

Il Guillouard (2) trova saggia questa limitazione.

A noi sembra, al contrario, che non sia conforme al rigore dei principî. Il fideiussore risponde non solo del debito principale, ma altresì degli incrementi dovuti al fatto del debitore. Questi incrementi abbracciano sia gli interessi in corso sia quelli delle annate precedenti. Dunque la regola è questa che il fideiussore risponde di tutti gli interessi decorrenti e decorsi, tranne se siasi pattuito il contrario. Le parti infatti sono sempre libere di limitare la responsabilità del fideiussore sotto questo rapporto; onde non è logico nè necessario di stabilire una limitazione per legge.

312. — Il fideiussore è responsabile per le conseguenze legali della mora del debitore principale, come è espressamente riconosciuto nei citati Codici: svizzero delle obbligazioni (art. 499), germanico (§ 767) e messicano (art. 1828). Infatti le conseguenze della mora sono un incremento della obbligazione dovuto al fatto del debitore; ed il fideiussore risponde, come è noto, di tali incrementi.

Il fideiussore è dunque responsabile anche degli interessi moratori.

(1) Hering, cap. 24, n. 132; Pothier, n. 405; Troplong, n. 158; Guillouard, n. 75; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 996-*bis*, p. 489. Vedi L. 2, §§ 11 e 12, D. *de adm. rer. ad civit. pertin.*

(2) *Op. cit.*, n. 75.

Digitized by Google

Questa opinione è sicura in diritto odierno, mentre, in diritto romano, di fronte ad alcuni interpreti, fra i quali il POTHIER (1) e il WINDSCHEID (2), che ritengono il fideiussore responsabile degli interessi moratori (3), altri interpreti opinano che il fideiussore debba rispondere di tali interessi solo quando egli ha dichiarato espressamente che si costituisce fideiussore per l'intero rapporto di debito (4).

313. — Il fideiussore risponde dei danni cagionati dalla colpa del debitore; principio espressamente dichiarato dai citati Codici: germanico (§ cit.), svizzero delle obbligazioni (§ cit.) e messicano (art. cit.), e già riconosciuto nella legislazione romana. Quindi:

314. — Se il debito principale subisce, in genere, una alterazione per colpa del debitore, il fideiussore risponde anche di ciò (5).

315. — Se il contratto vien risoluto per colpa del debitore, il fideiussore sopporta le conseguenze di tale fatto (6).

316. — Se le obbligazioni contratte da un fallito concordatario sono garantite da una fideiussione illimitata, il fideiussore è obbligato per tutti gli obblighi del concordato, verso tutti i creditori, salvo patto diverso (7).

317. — Se il fideiussore del conduttore ha dichiarato in termini generali che egli si è costituito fideiussore della locazione, egli sarà tenuto non solo al pagamento del fitto, ma altresì ai danni cagionati direttamente dal conduttore, o risultanti dalle usurpazioni che questi avesse lasciato commettere, come si argomenta, per analogia, dalla L. 52, § 2, D. *h. t.* (8).

(1) N. 405.

(2) § 477, nota 26.

(3) L. 24, § 1, D. *de usur.*, 22, 1; L. 54 pr., D. *loc.*, 19, 2; L. 10, D. *rem pup.*, 46, 6; L. 3, § 1, D. *de adm. rer.*, 50, 8; L. 5, Cod. *de pact. int. emt.*, 4, 54; L. 68, § 1, D. *h. t.*

(4) HASENBALG, p. 267 e seg.; WOLF, *Mora*, p. 207 e seg.; MADAI, *Mora*, p. 419 e seg.

(5) Arg. dalla L. 58, § 1, D. *h. t.* Vedi BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 996-*bis*, p. 490.

(6) Arg. dalla L. 56, D. *de aedil. edicto*, 21, 1.

(7) LAURENT, n. 172; GALDI, n. 44, p. 53.

(8) Confr.: POTHIER, n. 404; PONT, n. 107; GUILLOUARD, n. 75, p. 88; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 996-*bis*, nota 3 a p. 489.

Digitized by Google

318. — Si discute se il fideiussore del conduttore sia responsabile per l'incendio del fondo locato.

È noto che prima il Codice francese (art. 1733) e poi sulle sue tracce altre legislazioni fra le quali l'italiana (art. 1589), sancirono il principio che il conduttore, per una presunzione legale di colpa che sta a suo carico, risponde per l'incendio quando non provi che è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore, o per difetto di costruzione, o che il fuoco si è comunicato da una casa o da un fondo vicino, o (aggiunta fatta dai Codici sardo e italiano) « non ostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia ».

Posto ciò, se la fideiussione per i termini nei quali fu assunta è a reputarsi *indefinita*, il fideiussore non può sfuggire alla responsabilità per l'incendio, perocchè questo è conseguenza della colpa del debitore.

E infatti il conduttore ha, al termine della locazione, l'obbligo di restituire lo stabile non deteriorato per sua colpa; e il fideiussore deve garantire l'adempimento di questa obbligazione così come è tenuto a garantire quello di tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto d'affitto, perocchè la responsabilità del conduttore per l'incendio è di natura eguale a quella che grava su lui per gli altri deterioramenti verificatisi sulla cosa locata, durante l'affitto (1).

D'altra parte, essendo la responsabilità del conduttore dichiarata per legge, essa è un caso che il fideiussore può prevedere all'atto in cui si costituisce garante; onde non può neppure obbiettarsi che ritenendolo responsabile si aggravi la sua condizione per un fatto non prevedibile.

Occorre pertanto una clausola espressa per escludere la responsabilità del fideiussore.

319. — In genere adunque il fideiussore è tenuto non solo alle conseguenze dirette del debito principale, ma altresì per le conseguenze indirette purchè dipendenti dallo stesso contratto e non già da una causa ad esso estranea.

(1) Chambéry, 10 aprile 1867 (*Sirey*, 1867, II, 212); Aubry et Rau, IV, § 426 e nota 5; Guillouard, n. 76, p. 89; Corsi, p. 69; Galdi, n. 50, p. 57; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 996-*bis*, n. 3 a p. 489. Confr. Laurent, XXVIII, nn. 176-177. — Contro: Douai, 12 dicembre 1854 (*Dalloz*, 1855, II, 138); Cass., 3 juillet 1872 (*Sirey*, 1872, I, 294) — Buchère, nella *Revue pratique*, 1860, IX, p. 225 e seg.

Digitized by Google

Così se un tutore, terminata la tutela perchè il pupillo esce di minore età, continua ad amministrare « nulla necessitate cogente » ma unicamente « ex voluntate sua » il fideiussore « qui salvam rem fore cavit » non è tenuto (L. 46, § 4, D. *de adm. et peric. tutor.*, 26, 7); mentre sarebbe responsabile se il tutore avesse continuato ad amministrare per necessità, ad esempio per prendere alcune misure conservative indispensabili, o per la necessità di terminare alcuni affari già cominciati (arg. *a contr.* legge cit.)

Il fideiussore risponde anche delle conseguenze della frode o del dolo del debitore (1).

320. — A rigore di principio il fideiussore dovrebbe anche rispondere di tutte le spese, indistintamente, che il creditore ha dovuto sostenere per farsi pagare dal debitore, perocchè anche queste costituiscono un incremento dovuto al fatto del debitore stesso (2). Se non che bisogna pur impedire che il fideiussore venga rovinato a cagione di spese talvolta fatte a sua insaputa e che avrebbe potuto evitare pagando qualora ne fosse stato avvertito. Per la qual cosa, come già insegnava Pothier (3), è giusto che il fideiussore, finchè non gli siano stati denunciati gli atti intrapresi contro il debitore, sia tenuto soltanto alle spese portate dalla prima domanda.

È quanto trovasi sancito dalle citate legislazioni a tipo francese (4), per le quali il fideiussore è tenuto « anche alle spese della prima domanda e a tutte quelle posteriori alla denunzia fatta al fideiussore ».

Questo stesso principio trovasi espresso anche nel Codice federale svizzero delle obbligazioni benchè in termini diversi. Per il citato art. 499 di quel Codice il fideiussore è responsabile per le spese degli atti di escussione del debitore, solo quando « *in tempo utile* sia stato posto in grado di evitarle mediante il soddisfacimento del creditore ». La frase *in tempo utile* significa che il fideiussore comincia ad essere responsa-

(1) Confr. Casareis, *Disc.* 62, n. 40 e seg.
(2) Confr. Cass. franc., 5 août 1889 (*Sirey*, 1892, I, 492).
(3) N. 405.
(4) Vedi *retro*, n. 304.

Digitized by Google

bile soltanto dal momento in cui sia stato avvertito che la domanda contro il debitore principale fù presentata.

Adunque le spese della prima domanda sono sempre garantite dalla responsabilità del fideiussore sia questi o non sia stato prevenuto; e ciò perchè le spese della prima domanda sono spese necessarie. Ma, denunziata tale domanda al mallevadore, se questi non ha soddisfatto prontamente il debito di guisa che il creditore ha dovuto fare altre spese, le conseguenze cadono giustamente sul fideiussore.

321. — Avvertasi però che questo principio è applicabile se del giudizio intentato contro il debitore sia stata fatta al fideiussore denunzia formale. Soltanto questa denuncia produce la detta conseguenza; non già la scienza comunque acquisita dal fideiussore della pendenza del giudizio (1).

Ciò dicasi anche per quanto concerne il fideiussore solidale (2).

322. — *Quid juris* per le spese dell'azione spiegata *dal debitore* contro il proprio creditore per far decidere che questi non ha adempito tutte le obbligazioni alle quali è tenuto di fronte al debitore stesso?

È certo che l'art. 1903 Cod. civ. it. (Cod. franc. 2016), come i corrispondenti articoli degli altri Codici citati, si riferisce soltanto alle spese della domanda spiegata dal *creditore* contro il debitore, e non contempla quelle per la domanda spiegata dal debitore contro il suo creditore. Come deve pertanto interpretarsi questo silenzio delle legislazioni; silenzio comune altresì ai Codici di tipo germanico e austriaco?

Nella giurisprudenza italiana non esistono precedenti, per quanto ci consta.

Nella giurisprudenza francese troviamo una sentenza di Bordeaux (3), per la quale il fideiussore è ritenuto responsabile di tutte le spese relative a tale azione, quantunque egli non ne sia stato prevenuto.

(1) Cassaz. Roma, 16 maggio 1877, citata dal Corsi a p. 70-71; Galdi, n. 48, p. 57.

(2) Cass. franc., 5 août 1889 (*Sirey*, 1892, I, 492); Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 998, p. 490.

(3) 19 luglio 1849 (*Dalloz*, 1850, II, 59).

Digitized by Google

Nella dottrina questa massima è approvata dal LAURENT (1) per la seguente ragione: il fideiussore risponde della obbligazione e della sua inesecuzione; la legge fa una restrizione a questo principio quanto alle spese posteriori alla domanda, ma questa disposizione non è applicabile al caso di una domanda formulata contro il creditore; dunque bisogna applicare il principio generale per cui il fideiussore è tenuto a tutte le obbligazioni del debitore principale, risultanti dal contratto al quale ha acceduto.

Noi crediamo invece col GUILLOUARD (2) e con BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (3), che si debba applicare, per analogia, l'art. 2016 Cod. franc. (1903 Cod. it. cit.) poichè l'obbligazione garantita e i suoi accessori, fra i quali le spese fatte dal creditore per ottenere il pagamento, non vanno confusi con l'azione intentata dal debitore, la quale è un incidente non prevedibile dal fideiussore allorchè interviene per garantire. E la condizione del fideiussore non va aggravata a sua insaputa. Si aggiunga che talvolta questa azione può essere temeraria, spiegata cioè per stancare il creditore. È quindi logico ed equo che il fideiussore non debba rispondere delle conseguenze se non fu posto in grado, mediante una denuncia in tempo utile, di arrestare l'azione incominciata.

323. — Ci resta a vedere se il fideiussore sia tenuto altresì per quelle obbligazioni del debitore principale che si fondano sopra una convenzione interceduta tra il creditore e il debitore medesimo dopo la stipulazione del contratto di fideiussione.

Le legislazioni da noi esaminate tacciono tutte al riguardo, ad eccezione del Codice germanico, § 767 (4) e del Codice messicano, art. 1826, che risolvono esplicitamente la questione in modo negativo.

Ma anche per le altre legislazioni, la negativa non è dubbia se si ricordino i principî sopra esposti. Il fideiussore, anche nel caso di fideiussione indefinita, non è tenuto se non per

(1) Vol. XXVIII, n. 179.
(2) N. 78, p. 91-92.
(3) N. 999, p. 491.
(4) Vedi *retro*, n. 305.

Digitized by Google

quelle obbligazioni del debitore principale che derivino dal contratto al quale ha acceduto; e non per quelle nascenti da una causa diversa (1), perocchè manca, per queste, il consenso. E la convenzione intervenuta fra creditore e debitore principale, dopo la stipulazione della fideiussione, dà vita ad una nuova obbligazione alla quale il fideiussore non ha inteso di accedere. Egli adunque non può esservi tenuto se non in forza di un nuovo contratto di fideiussione.

Sezione V.

La libertà di mallevare.

Sommario: 324. Posizione del tema.

324. — L'argomento della libertà di mallevare fa parte della dottrina del consenso in quanto la volontà di garantire può essere tolta o limitata per testamento o contratto.

§ 1.

Divieti testamentari.

Sommario: 325. Limitazioni testamentarie del diritto di mallevare.

325. — Nel diritto comune si disputava se il testatore potesse, col testamento, vietare all'erede di prestar fideiussione. La questione si agitava, in ispecie, riguardo al genitore che proibisce, per testamento, ai figli di obbligarsi per altri in qualità di fideiussori.

Hering professava l'opinione affermativa, osservando che quantunque il divieto di disporre liberamente delle proprie sostanze sia odioso e di stretta interpretazione, tuttavia il genitore « *eam a lege nactus est potestatem quod ob conservationem familiae suae et affectionem quam erga bona avita habet, liberis sive posteris suis eorundem in extraneum alienationem, hypothecationem, sive aliam quamlibet obligationem prohibere recte queat* » (2).

(1) Vedi *retro*, n. 319.
(2) Hering, *op. cit.*, cap. I, n. 96 e seg.

Digitized by Google

Assurgendo da questa decisione speciale ad un principio generale, noi crediamo che nel diritto odierno sia nulla e debba considerarsi come non apposta la condizione di non prestar mai fideiussione per chicchessia; valida invece la condizione di non prestar fideiussione per un certo tempo o a favore di una determinata persona.

Per l'art. 849 del Codice civile italiano, conforme all'articolo 900 del Codice francese, si hanno per non apposte le condizioni *contrarie alle leggi*. Contraria alla legge è senza dubbio la condizione di non poter mai contrarre una determinata obbligazione, quale la fideiussione, essendo tale divieto, *assoluto*, contrario alla libertà di contrattare. Ma non offende la libertà contrattuale il divieto di contrarre fideiussione per un certo tempo, o il divieto di prestar fideiussione per una data persona. In tali ipotesi il divieto è soltanto *relativo* poichè, nel primo caso, decorso il tempo stabilito dal testatore, l'erede è libero di obbligarsi come fideiussore per chicchessia; e nel secondo caso è libero sempre di prestar fideiussione per qualsiasi persona, tranne quella designata dal testatore.

E infatti il divieto di contrarre obbligazioni è, in generale, nullo solo quando sia *assoluto*. Ecco perchè si reputa valida la condizione di non alienare i beni ereditari, per un determinato numero d'anni, mediante vendita o permuta, o di non darli in pegno, per un certo tempo (1).

Sotto l'aspetto dell'*utilità* l'esposta decisione si presenta non meno buona essendo che il testatore può avere imposto le dette condizioni per lodevoli motivi, come per impedire che il proprio successore rovini la sostanza ereditaria mediante contratti di fideiussione stipulati nell'interesse di persona notoriamente insolvibile e disonesta, e che eserciti tuttavia un ascendente sull'animo dell'erede. Oppure il testatore, sapendo che l'erede non è ancor maturo di senno, e volendo evitare che egli comprometta la solidità del patrimonio, gli proibisce di alienare, dare a pegno, ipotecare i beni eredi-

(1) Troplong, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, versione ital. di V. De Matteis, vol. I, n. 271, p. 157-158, Napoli, 1855 — Corte d'appello di Venezia, 27 luglio 1875, Tomy c. Tomy (*Legge*, 1875, I, 842).

Digitized by Google

tari, e di prestar fideiussione per un certo tempo, poichè confida che trascorsi questi anni, l'erede saprà regolare con prudenza i suoi interessi col maturarsi del senno e con l'esperienza. La nullità della condizione sarebbe in questi ed altri casi, socialmente dannosa.

§ 2.

« Pactum de non fideiubendo ».

SOMMARIO: 326. Il « pactum de non alienando » e il patto di non garantire.

326. — Un'altra questione, analoga alla precedente, è questa: se sia valido il *pactum de non fideiubendo*.

Un tempo fu usato un patto, noto col nome di *pactum de non alienando in extraneum* o *pacificatio* « *cum ad conservationem, dignitatem, imo et communem pacem atque concordiam alicuius familiae pertineat* » (1), per il quale più fratelli, o parenti prossimi si obbligavano reciprocamente a non alienare i beni aviti senza il consenso di tutti gli eredi. Tale patto si trovava usato anche presso nobili famiglie della Germania, nominate da HERING (2), che ci dà esempi di contratti di questo genere stipulati nel 1360, nel 1463, nel 1495 e nel 1566.

E poichè, secondo il citato autore tale patto era degno di favore « *cum interesse totius familiae in eo versetur, ne bona libera alterius dominationi subijciantur, sed potius in sua libertate et dignitate conserventur* » (3), si riteneva dallo stesso scrittore pienamente valido, malgrado il principio della libertà contrattuale. Onde, argomentando *a maiori ad minus*, la conseguenza della validità del patto di non prestar fideiussione senza il consenso degli altri contraenti (4).

A nostro avviso, in diritto odierno il *pactum de non alienando* è nullo se ha per oggetto il divieto assoluto di alienare i beni a chicchessia, sia perchè offende gravemente la

(1) HERING, *op. cit.*, cap. I, n. 126.
(2) *Op. cit.*, cap. I, n. 130.
(3) HERING, *loc. cit.*, n. 126.
(4) ID., n. 147 e seg.

Digitized by Google

libertà contrattuale, sia perchè impedisce la libera circolazione delle ricchezze che è tra i più poderosi fattori del benessere economico della società. Patto contrario all'ordine pubblico, al diritto sociale, e perciò nullo.

Analogamente noi opiniamo per la nullità del *pactum de non fideiubendo* che, se assoluto, offende anch'esso l'ordine pubblico.

Al contrario, come sarebbe valido il *pactum de non alienando* se avesse per oggetto un divieto *relativo*, ossia: o una proibizione *temporanea*, oppure il divieto di alienare *ad una persona determinata*; così sarebbe, a nostro avviso, valido il *pactum de non fideiubendo* qualora il suo oggetto consistesse in un divieto temporaneo, ovvero circoscritto *a persona determinata*. In tali casi, essendo il divieto *relativo*, non si ha infatti quella offesa dell'ordine pubblico, ossia quel danno sociale che solo legittima la nullità; perocchè la limitazione della libertà contrattuale è soltanto *parziale*.

Sotto l'aspetto *utilitario* poi questa opinione si giustifica con ragioni analoghe a quelle che valgono per il divieto *de fideiubendo* imposto per testamento, quali, ad esempio, la necessità o la convenienza di impedire che un parente facile a prestar garanzie pericolose a favore di persona sleale, contragga obblighi superiori alle sue finanze, e si addossi debiti che gettano il discredito sul nome suo e della famiglia. Se, in vista di tale pericolo ò dietro tristi esperienze già fatte, gli altri parenti lo inducano ad obbligarsi per contratto, uguale per tutti, a non prestar fideiussione per quella determinata persona, il patto sarà anche socialmente benefico.

Sezione VI.

Trasmissibilità ereditaria della fideiussione.

Sommario: 327. Legislazioni antiche. — 328-332. Legislazioni moderne. — 333. Responsabilità degli eredi di un fideiussore per un'obbligazione proveniente da delitto. — 334. Successione nei diritti del fideiussore.

327. — Le obbligazioni dei fideiussori passano ai loro eredi?

In diritto romano, nella *sponsio* e nella *fidepromissio*, l'ob-

Digitized by Google

bligo dello *sponsor* e del *fidepromissor* non passava agli eredi (1), perocchè, dice l'ACCARIAS (2), si riteneva lo *sponsor* e il *fidepromissor* investiti di due mandati distinti, l'uno dei quali consisteva nell'obbligarsi e l'altro nell'estinguere l'obbligazione; e si concludeva che se questo secondo mandato non era eseguito al momento della loro morte, non poteva sopravvivere a loro.

Invece l'obbligazione del *fideiussor* si trasmetteva agli eredi (3).

Nei capitolari dei Carolingi la responsabilità del fideiussore non si trasmetteva agli eredi (4).

Nell'antico diritto francese consuetudinario, alcune consuetudini avevano ammesso che l'obbligo del fideiussore non era trasmissibile agli eredi, tranne se il fideiussore fosse stato citato in giudizio prima di morire (5).

Ma la giurisprudenza dei Parlamenti aveva respinto questa dottrina; sicchè nell'ultimo stato dell'antico diritto francese, le obbligazioni del fideiussore passavano agli eredi (6).

328. — Di fronte a questi contradditorî precedenti storici era naturale che il legislatore francese sentisse la necessità di dichiarare, all'art. 2017, che « les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps » (7).

La quale trasmissibilità trovasi dichiarata da altre legislazioni di tipo francese, quali: il Codice della Luigiana (art. 3013); il chileno (art. 2352); il columbiano (art. 2378); il messicano (art. 1829); il Codice dell'Uruguay (art. 2076); il Codice olandese (art. 1863); del Cantone di Vaud (articolo 1499); sardo (art. 2050); estense (art. 2031); delle Due Sicilie (art. 1889).

(1) GAII, III, § 120.

(2) ACCARIAS, *Précis du droit romain*, II, n. 560.

(3) *Inst. de fidej.*, III, 20, § 2; L. 4, § 1, D. *de fidei.*, 46, 1.

(4) Lud. II, cap. 875, 42, e L. Burg., 82, 2 (PERTILE, IV, § 153, nota 56).

(5) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis*, XLIII, art. IV.

(6) DOMAT, *Les lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 14; GUILLOUARD, n. 81, p. 94.

(7) Questa eccezione ha perduto il suo interesse dopo l'abolizione della *contrainte par corps*, effettuata con la legge 22 luglio 1867.

Digitized by Google

329. — Ed una disposizione analoga si aveva nel *Landrecht* prussiano (§ 334), mentre la trasmissibilità non era sempre ammessa nel diritto germanico antico (1).

Invece per il Codice svedese l'obbligo degli eredi del fideiussore di soddisfare il debito garantito è subordinato alla condizione che il debitore principale non fornisca un altro fideiussore malgrado che il creditore ne l'abbia richiesto. « Si la caution décède, le créancier en demandera sur-le-champ une autre au débiteur, et si celui-ci la fournit, les héritiers de la première caution seront déchargés ; sinon le créancier exigera le payement immédiat du débiteur, et à son défaut, de la succession de la caution » (art. 10).

330. — Per il Codice austriaco (§ 1367) il contratto di sicurtà non assicurato da pegno o da ipoteca si estingue in tre anni dopo la morte del fideiussore, se il creditore abbia trascurato in questo frattempo di domandare giudizialmente o stragiudizialmente all'erede del fideiussore il pagamento del credito scaduto.

Una disposizione consimile si aveva nel Codice di Zurigo (§ 1813) (2).

331. — La legislazione italiana non ha riprodotto il precetto romano e francese. Nè, per verità, era necessaria siffatta dichiarazione, mentre l'obbligo degli eredi del fideiussore risultava già dal principio generale posto nell'art. 1127 per il quale « si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto ». Ed è naturale che il vincolo fideiussorio passi agli eredi del fideiussore poichè come gli eredi succedono nei diritti del defunto, così sottentrano negli obblighi che questi lascia dietro sè ; e la fideiussione permane finchè dura l'obbligazione principale garantita.

332. — Ed appunto perchè l'obbligazione del fideiussore deve, logicamente, passare agli eredi, non ci sembra giuridico il principio posto dal citato Codice svedese per il quale, nel caso di morte del fideiussore, il creditore può do-

(1) Lehr, *Élém. de droit civil german.*, n. 224, p. 272.
(2) Lehr, *op. loc. citt.*

Digitized by Google

mandare al debitore un altro fideiussore, salvo il diritto del creditore stesso verso gli eredi del primo fideiussore se il debitore non fornisce un secondo garante, nè paga egli stesso. Tale disposizione è *inutilmente* vessatoria per il debitore principale che, soddisfatto l'obbligo suo di fornire un fideiussore idoneo, non dev'essere responsabile della morte di esso, mentre le conseguenze di questa morte cadono sugli eredi.

Ci sembra invece ispirata a un retto criterio di giustizia la disposizione dei citati Codici austriaco e di Zurigo, per i quali, se la fideiussione non è assicurata da pegno o ipoteca, si estingue in tre (o in due anni) dopo la morte del fideiussore, ove il creditore non abbia in questo frattempo debitamente avvertiti gli eredi del fideiussore della esistenza d'una garanzia a suo favore. Perocchè è bensì vero che, in massima, gli eredi devono rispondere degli impegni lasciati dal loro autore come ne avrebbe risposto costui; ma devesi considerare che se il creditore trascura per lungo tempo di avvertire gli eredi del fideiussore dell'esistenza del vincolo contratto dal loro autore, gli eredi stessi potrebbero esser ridotti a mal partito, qualora il creditore potesse costringerli a soddisfare l'obbligazione, anche dopo che fossero trascorsi molti anni dalla morte del fideiussore, e malgrado che essi ignorassero l'esistenza del vincolo fideiussorio. Una breve prescrizione del diritto del creditore verso gli eredi ci sembra pertanto una giusta sanzione del dovere che ha il creditore di dare il detto avvertimento. E per tali ragioni vorremmo che si aggiungesse, in una eventuale riforma della legislazione italiana, una disposizione ispirata al detto principio.

333. — Già si disse che la fideiussione può accedere anche alle obbligazioni provenienti da delitto. In questo caso gli eredi del fideiussore sono responsabili, come bene osserva il Corsi (1), a condizione che l'azione civile, incorporata con la penale per effetto della costituzione di parte civile, abbia in conseguenza della condanna del reo alla pena comminata dalla legge, ottenuta altresì la condanna al risarcimento dei danni; oppure a condizione che la condanna penale autorizzi

(1) Cap. III, § 3, p. 61-62.

Digitized by Google

il giudizio per la liquidazione dell'indennità dovuta alla parte lesa, quando per la morte dell'imputato prima ch'egli sia definitivamente giudicato, l'azione civile venga esercitata contro gli eredi di esso innanzi al giudice civile. Sono quì applicabili gli art. 3, 4 e 5 del Cod. di proc. pen. italiano.

334. — Da ultimo è da avvertire che, come gli eredi del fideiussore sottentrano negli obblighi di esso, così succedono anche nei diritti del medesimo fideiussore; il che espressamente dichiarano i citati Codici chileno, dell'Uruguay, messicano e columbiano agli articoli citati (1).

Capo II.

LA CAPACITÀ DELLE PARTI.

Sommario: 335. Partizione.

335. — Conviene distinguere la capacità di prestare fideiussione dalla capacità di ricevere fideiussione, e tener *conto* non solo della capacità delle persone fisiche, a dare o ricevere fideiussione, bensì anche della capacità delle persone giuridiche.

Sezione I.

Capacità di prestare fideiussione.

§ 1.

Diritto greco e romano.

Sommario: 336. Capacità generica e speciale nel diritto greco. — 337. Il S. C. Velleiano. Altre esclusioni del diritto romano.

336. — In diritto greco il fideiussore doveva avere la capacità generica di obbligarsi. Così la donna non poteva prestar fideiussione senza l'assistenza del suo *kyrios* (2).

(1) Vedi *retro*, n. 328.
(2) Beauchet, *op. cit.*, p. 468.

Digitized by Google

Oltre a ciò è credibile che il creditore per assicurarsi l'efficacia dell'azione contro il fideiussore potesse esigere che il debitore gli presentasse un fideiussore avente una capacità che diremo *speciale*, ossia un fideiussore solvibile (1). Talvolta la misura di tale solvibilità era fissata dalla stessa legge: così i fideiussori che doveva fornire l'accusato dovevano, per la legge proposta da Timocrate τὸ αὐτὸ τέλος τέλεῖν· ossia pagare lo stesso censo dell'accusato (2).

337. — Nella legislazione romana, per il S. C. Velleiano (3), l'assunzione di obbligazioni altrui (intercessione) non obbliga le donne. La intercessione può avvenire in vari modi: ad es., in modo che la donna si costituisca debitrice dell'obbligazione altrui insieme col debitore (intercessione cumulativa). E questa può compiersi in diverse maniere, ad es. per mezzo di fideiussione, così come con l'assumere una obbligazione correale propriamente detta o con la costituzione di un pegno (4).

L'obbligazione assunta contro le norme stabilite non era nulla, ma la donna poteva tutelarsi con una eccezione (5).

Per le modificazioni introdotte da Giustiniano la intercessione della donna deve farsi per atto pubblico (6). Se tale forma non è osservata, l'intercessione è nulla e non già semplicemente infirmabile per via di eccezione (7). Ma l'intercessione della moglie a favore del marito è nulla anche se la detta forma sia stata osservata (8).

(1) Beauchet, *op. cit.*, p. 477. « Ainsi, dans l'adjudication des impôts de douane à Athènes, le Conseil est chargé de vérifier la solvabilité des cautions. De même, à Délos, les hiéropes doivent sous leur propre responsabilité, s'assurer que les cautions présentées par les débiteurs du temple sont solvables. Pareillement à Héraclée, les cautions des fermiers des terrains sacrés doivent être agréées par les polianomes ».

(2) Demostene c. Timocrate, § 144.

(3) D. *ad Senat. Vell.*, 16, 1; Cod. 4, 29, *ad Senat. Vell.* — Vedi Windscheid, *op. cit.*, §§ 485-488; Arndts-Serafini, *op. cit.*, §§ 358-363.

(4) Windscheid, *op. cit.*, § 485. Per le eccezioni al S. C. vedi Windscheid, § 486, ove si contempla anche il caso del giuramento e della rinuncia al beneficio.

(5) Windscheid, *op. cit.*, § 487.

(6) L. 23, § 2, C. *h. t.*

(7) L. cit. Vedi Windscheid, *op. cit.*, § 488 e nota 4.

(8) Nov. 134, c. 8. Vedi Windscheid, *loc. cit.*

Digitized by Google

La malleveria era pure vietata, in diritto romano, ai militari e agli ecclesiastici.

I militari non dovevano prestar fideiussione per contratti di locazione di beni rustici o urbani (1).

Gli ecclesiastici non potevano prestar malleveria per affitti di beni o proventi pubblici, per amministrazioni, per la trattazione di liti altrui (2).

§ 2.

Diritto barbarico.

Sommario: 338. Capacità generica e specifica.

338. — Già si disse che nel diritto barbarico la fideiussione volontaria fu la naturale sostituzione di quella coattiva e che il creditore non poteva rifiutare coloro che per volontà propria prestavano garanzia e riunivano le necessarie condizioni (3).

Le leggi richiedevano nel fideiussore una capacità che diremo *generica* e un'altra che chiameremo *specifica*.

Riguardo alla prima i fideiussori dovevano esser tali da non avere per qualche loro personale qualità, incapacità a prestar fideiussione o il privilegio di liberarsene.

Dal Calisse (4), dal quale rileviamo questi dati, apprendiamo che per i barbari non erano accettate nella fideiussione le donne per la loro condizione famigliare, come non lo furono neppur nelle epoche posteriori, per il ritorno al *Senatoconsulto Vellejano*.

I chierici egualmente non avevano attitudine a prestare fideiussione per legge canonica già accettata dal diritto romano (*Nov. Inst.*, CXXIII, 36) e ripetuta nei capitolari dei Franchi.

Riguardo alla *capacità specifica* si richiedeva nel diritto

(1) L. 31, Cod. *de locato*, IV, 65.

(2) Nov. 123, c. 6. Confr. Girtanner, *op. cit.*, p. 143 e seg., 283 e seg., 368 e seg.; Hasenbalg, p. 224 e seg.

(3) Vedi *retro*, n. 20.

(4) Calisse, *op. cit.*, n. 205, p. 316-318.

Digitized by Google

barbarico che i fideiussori possedessero beni in tale misura da eguagliare almeno il valore dell'obbligazione. Altrimenti il creditore poteva rifiutarli non restituendo la *Wadia* (1) senza incorrere nella multa che lo avrebbe colpito se il rifiuto fosse stato ingiusto (Rot., 359), e il debitore doveva presentarne altri poichè si riteneva che coi primi non fosse sciolto dalla promessa fatta di dare fideiussione (Liutp., 128) (2).

A complemento di questa capacità specifica si richiedeva inoltre, e ciò per conseguenza dei loro più antichi caratteri, che i fideiussori fossero preferibilmente scelti tra le persone che potevano avere certa notizia delle condizioni del debitore. I migliori fideiussori sarebbero stati i suoi parenti; ma non sempre volendo o potendo essere questi, si accettavano i nativi del suo luogo, i suoi pari; quelli cioè che essendo del medesimo stato del debitore potevano averne certa cognizione ed esercitare una vigilanza continua (Liutp., 38) (3).

(1) Vedi *retro*, n. 21.

(2) Liutprando, 128: « In anteriore edicto nostri (Liutp., 36, 38) capitula adfixemus, ut si wadiam suam solvendam quispiam liber homo tres fideiussoris habuerit, liberûs homines, et ipse qui wadiam suscepit, reddere neclexerit, sic conponat sicut ille qui non habuerit fideiussores paratûs. Modo vero, dum pravûs homines cognovissimus talis fideiussores velle statuere qui nihil habuerent nisi solumodo personam suam, ut per eos iustitiam suam creditûr ipse invenire menime possit, statuímus, ut talis esse deveant fideiussoris ipsi, ut si amplius non habuerent quomodo eum pignerare possint quam ipsa oblicatio sit, vel tantum habeant quantum, ut diximus, ipsa oblicatio est, unde fideiussores intervenire debeant. Nam si minus habuerent, non sit culpavelis ille, qui eum recepere voluerit, nec ipse qui dare devit, possit se excusare a culpam dicendo, quod fidejussores paratûs habuissit, quia impossebilem est, ut talis fidjussoris homo recepiat qui non habent, etsi amplius non, vel quantum ipsum devitum fuerit, quod tollere locum pigneris possit. Et si de presenti habuerit, unde tare talis fidiussoris qui recipiendi sunt, ecce bene: si autem ipsa ora non habuerit, sit spacium de ipsam wadiam tres dies sine culpam, et postea debeat dare talis fidjussores, qui habeant unde persolvant, quod devitor dare debuit; si vero amplius dilataverit ad fidjussoris dandum, sicut antea statuimus, sic componat ».

(3) Liutprando, 38: « Si quis alii wadia dederit et voluerit eam per fideiussores suos recipere et duxerit ad eum, qui wadia recepit, fideiussores unum duo vel tres, et ipse dixerit « quia nescio qui sint », ut damnum ei facere possit: tunc adducere ei debeat fideiussorem aut de illa civitate, unde ipse est, qui wadia dedit, aut de illa unde ipse est qui suscepit. Et si menime ita inventi fuerint, tunc suscipere debeat ipse, qui wadia accepit, fideiussorem

Digitized by Google

§ 3.

Diritto feudale.

SOMMARIO: 338*bis*. Regole speciali di quest'epoca.

338*bis*. — Nel diritto francese dell'epoca feudale, per quanto concerneva la capacità delle donne di prestare fideiussione, si ammetteva che la figlia « hors de puissance » e la vedova potevano costituirsi garanti. Ma la donna maritata non poteva prestar fideiussione senza il consenso del marito, tranne se questi fosse affetto da alienazione mentale o fosse assente o carcerato « sans espoir de secours », e tranne se la moglie fosse mercantessa.

All'infuori di questi casi la *plègerie* prestata dalla moglie senza l'autorizzazione maritale, era nulla, almeno durante il matrimonio (1).

Con l'introduzione del S. C. Velleiano le donne divennero incapaci di prestare la *plègerie*. Le *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* aggiunsero che la moglie non può costituirsi *plège* di suo marito anche se essa rinuncia al beneficio del S. C. Velleiano; invece permisero al marito d'esser fideiussore di sua moglie (2).

Va però avvertito che l'applicazione del detto senatoconsulto comportava alcune eccezioni e che talune consuetudini come quelle di Tolosa (art. 69) e di Montpellier (art. 38) non avevano ammesso il S. C. Velleiano e permettevano alla donna *sui juris*, di dodici anni e che non era sottoposta nè a tutela nè a cura, di garantire l'altrui debito (3).

Pure nel diritto francese dell'epoca feudale, il servo non poteva garantire altri servi se questi non erano della mede-

hominem liberum quem conlibertus eius cognitum habet, et dicit ei: « quod ego scio quia ei credere potes »; et homo ille qui wadia dedit, damnum non patiatur ».

(1) Così insegna BEAUMANOIR, II, chap. 43, nn. 14, 22, 26, 27, 28, p. 175 e seg. Vedi GLASSON, *op. cit.*, VII, § 14, p. 661-662.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, t. II, nn. 1167 e 1168, p. 143.

(3) GLASSON, *op. cit.*, VII, § 14, p. 662, nota 2.

Digitized by Google

sima signoria, perocchè tutti i suoi beni appartenevano al suo signore. Ma taluni signori permettevano tuttavia ai loro servi di farsi garanti fuori della signoria, perchè questi servi esercitavano il commercio e tale autorizzazione dava loro del credito (1).

§ 4.

Legislazioni statutarie italiane.

SOMMARIO: 339. Cause d'incapacità a prestar fideiussione.

339. — Parecchi Statuti stabiliscono cause di incapacità a prestar fideiussione.

Taluni Statuti prescrivono che nessuna persona sottoposta alla giurisdizione del Comune possa prestar fideiussione per altra persona non soggetta alla detta giurisdizione: Statuti di Reggio, confermati nel 1500 (2); di Parma, emendati nel 1494 (3); Torino (4); Statuti vecchi di Lodi (5); Roma del secolo XIV (6), i cui Statuti del 1230-1240 dispongono per la liberazione del fideiussore che ha interceduto per un forestiere.

Altri Statuti contengono lo stesso divieto, limitato alla proibizione di garantire per una certa classe di forestieri, come gli Statuti di Vercelli del 1241 (7) che vietano ai cittadini di prestar fideiussione: « pro aliquo scolari qui non sit jurisdictionis Vercellarum ».

Si trovano pure stabilite delle incapacità a garantire per i membri dei collegi dei giudici e dei notai. Così è per i

(1) GLASSON, *op. cit.*, VII, § 14, p. 662, che cita BEAUMANOIR, II, chap. 43, nn. 38, 39, pp. 182 e 183.

(2) Lib. II, cap. 30. Se alcuno prestava nondimeno tale garanzia, la fideiussione, per questi Statuti di Reggio, era tuttavia valida; ma il fideiussore era, di regola, punito con una pena pecuniaria. Inoltre il fideiussore del forestiero non poteva rinunciare al beneficio di escussione (lib. II, cap. 33).

(3) Lib. II, rubr. *Quod nullus possit fideiubere pro aliquo forasterio.*

(4) *Statuti di Torino*, L. mun. 668 (PERTILE, IV, § 153, nota 70).

(5) *Statuti vecchi di Lodi* del 1230-1240, rubr. 67.

(6) Lib. I, rubr. LXIX, § 1.

(7) Rubr. 335.

Digitized by Google

citati Statuti di Reggio (1), a tenore dei quali le dette persone non potevano garantire: « pro aliqua persona nisi forte fuerit sibi conjuncta usque ad quartum gradum inclusive »; per gli Statuti dei giureconsulti di Piacenza del 1435 (2), per i membri del *Collegium Jurisconsultorum*, i quali non potevano intercedere, sotto pena di nullità dell'obbligazione, per nessuno: « nisi cum consensu Prioris et Collegii predicti ».

Così è ancora per gli Statuti di Modena approvati nel 1546 (3) e Firenze raccolti nel 1415 (4), che vietano la fideiussione agli avvocati e procuratori sotto pena di nullità assoluta.

Qualche Statuto vieta ai nobili di prestar fideiussione per i popolani, e a questi di garantire per quelli. Così è per gli

(1) Lib. II, cap. 31. La fideiussione assunta malgrado il divieto era, per questi Statuti, valida, ma il fideiussore cadeva in una pena pecuniaria.

(2) *Statuta Collegii Iurisconsultorum*, di Piacenza, anno 1435, rubr. 8.

(3) *Statuti di Modena*, approvati nel 1546, lib. II, rubr. 115, che meritano di esser citati per la singolarità della chiara motivazione: « Quoniam aduocati, et procuratores consueti, et periti suis subtilitatibus lites faciunt protelari, et subterfugijs utuntur, et iccirco faciles sunt ad sese pro alijs obligandum, ideo ne ex hoc damnum aliquis sustineat, statutum, et ordinatum est quod aliquis Iudex, seu Aduocatus, qui sit in matricula iudicum ciuitatis Mutinae et aliquis causidicus solitus non possit esse fideiussor alicuius personae, collegij, vel uniuersitatis, nec etiam possit constituere se pro aliquo soluturum, nec pro alio nec secundo loco, nec principaliter aliquid promittere, vel se obligare in iudicio, vel extra iudicium etiam ipsi Communi Mutinae, aliquo modo, vel causa quae dici vel excogitari possit. Et si quis aduocatus, vel causidicus praedictus aliquid praedictorum fecerit ipso iure non teneatur, nec conveniri, nec condemnari possit, etiam si juramentum fuerit interpositum, quod praesumatur dolo, et fraude et per vim extortum, et hoc statutum sit praecisum, et truncum, cui renuntiari non possit. Et si renuntiatum sit, renuntiatio nulla sit ipso iure etiam si iuramentum intervenerit, quod metu, et dolo interpositum praesumatur et omnes obligationes, vel contractus factae, et facti contra formam praesentis statuti non valeant, nec teneant ipso iure ». — Vedi quanto diciamo su questo argomento più oltre.

(4) *Statuti di Firenze*, raccolti nel 1415, to. I, lib. III, rubr. XV. Per la *fideiussio* o *satisdatio* richiesta dal Potestà, nella procedura seguita per ottenere le *rappresaglie*, a colui che riceveva tale concessione dal Comune di Firenze, consulta Del Vecchio e Casanova, *Le rappresaglie nei Comuni medievali e specialmente in Firenze*, Bologna, 1894, p. 136-138. Da questi autori si rileva che i mallevadori del richiedente dovevano essere riconosciuti idonei e solventi (*approbati*) dagli *Approbatores Comunis*.

Digitized by Google

ordinamenti di Pisa del 1286 (1) che eccettuano però il caso in cui « esset dictus nobilis consanguineus, cognatus vel agnatus aut affinis », e il caso in cui « aliquis de populo haberet facere cum aliquo nobile », nella quale ipotesi potevano i popolani « ducere et habere secum quos voluerint fideiussores..... pro se dare ».

E per gli Statuti citati di Roma (2) se un cittadino romano prestava fideiussione per un nobile, questi, su domanda del fideiussore, veniva obbligato a liberare il fideiussore stesso dalla sua obbligazione.

§ 5.

Diritto odierno.

SOMMARIO: 340. Partizione.

340. — Mentre ogni fideiussore — convenzionale, legale o giudiziale — deve avere una *capacità generica* di obbligarsi come tale, il fideiussore che debba essere offerto in forza di convenzione tra debitore e creditore, o di legge o di ordine del magistrato deve avere inoltre una *capacità speciale* consistente in determinate condizioni di solvibilità e di domicilio.

Cominciando dalla capacità generica è da notare che intorno a questo requisito esistono nelle legislazioni e nella dottrina principî differenti che occorre analizzare.

A) — La capacità generica del fideiussore.

SOMMARIO: 341-343. Legislazione comparata. — 344. Varie dottrine. — 345. Dottrina della capacità di contrattare. — 346. Dottrina della capacità di contrattare e di obbligarsi come fideiussore. — 347. Dottrina della capacità di fare un contratto di beneficenza. — 348. Dottrina della distinzione tra la fideiussione gratuita e l'onerosa. — 349. Dottrina della capacità di disporre. — 350. Nostra opinione. — 351. Gli incapaci di mallevare. —

(1) *Statuti di Pisa. Breve pisani populi et compagniarum*, del 1286, LXXXVI, *De non admictendo*, etc. (negli *Statuta civitatis Pisarum a saeculo XII ad XIV*, cura F. BONAINII, vol. I, Firenze, 1852).

(2) Lib. I, rubr. LXIX, § 2, e lib. III, rubr. CX.

Digitized by Google

352-361. La fideiussione della donna. — 362. Capacità delle persone giuridiche a prestare fideiussione. — 363. Capacità dello Stato.

341. — *Legislazioni*. — Per il Codice francese e per altre legislazioni su esso modellate, il debitore, obbligato a dare sicurtà, deve presentare una persona che sia « capace di contrattare »: Codice francese (art. 2018); italiano (art. 1904) coi cessati Codici: sardo (art. 2051); delle Due Sicilie (art. 1890); parmense (art. 2047); estense (2032); olandese (art. 1864); portoghese (art. 819) (1); spagnuolo (art. 1828); della Luigiana (art. 3011); di Haiti (art. 1782); dell'Uruguay (art. 2073).

342. — Il Codice messicano (art. 1831) vuole che il fideiussore, offerto dal debitore, abbia « capacità di obbligarsi » e dichiara che possono essere fideiussori tutti quelli che « possono contrattare » (art. 1816), tranne la donna, accordandole tuttavia la capacità di prestar fideiussione in quattro casi tassativamente determinati dall'art. 1817 (2).

Per il Codice del Guatemala (art. 2220) possono essere fideiussori « tutti quelli che possono obbligarsi » e per i quali non esista una « proibizione speciale ». E l'art. 2221 determina le persone alle quali è vietato di prestar fideiussione.

Il Codice chileno (art. 2350) e il columbiano (art. 2376) dichiarano che il fideiussore dev'essere « capace di obbligarsi *come tale* » (3).

Si discosta dal sistema della « capacità di obbligarsi » e da quello della « capacità di obbligarsi come fideiussore », la legislazione argentina (art. 2011) avente un tipo proprio, per la quale sono capaci di obbligarsi come fideiussori « tutti quelli che hanno la capacità di contrarre mutui », con le eccezioni contemplate nel citato articolo.

343. — Fra le legislazioni di tipo tedesco, va notato il Codice austriaco (§ 1349) cui è sufficiente, perchè una per-

(1) « Peuvent se porter cautions tous ceux qui peuvent contracter, à l'excéption des femmes non commerçantes ».

(2) Vedi *ultra*, n. 356.

(3) L'art. 2368 del Codice columbiano contempla le esclusioni dalla capacità di mallevare, relative ai minori, furiosi, prodighi, sordomuti, mentecatti e donne maritate.

Digitized by Google

sona possa « assumere le obbligazioni altrui », che essa « abbia la libera amministrazione delle cose proprie » (1).

Segue il sistema della capacità di contrattare il Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 490), per il quale è capace di mallevare chiunque, a termini del Codice stesso, « può obbligarsi per contratto ».

Disposizioni analoghe a quella del Codice svizzero contiene la legislazione russa (2).

Tace il Codice civile germanico, mentre il *Landrecht* prussiano (§ 219) dichiarava capaci di prestar fideiussione le persone capaci di fare un contratto di mutuo (3); nel quale principio fu seguìto, come s'è veduto, dalla legislazione argentina.

344. — *Dottrina.* — Varie sono le teorie sulla capacità generale del fideiussore, e cioè: *a*) dottrina della capacità di contrattare; *b*) della capacità di obbligarsi come fideiussore; *c*) dottrina della capacità di fare un contratto di beneficenza; *d*) dottrina della distinzione fra la fideiussione gratuita e quella onerosa; *e*) dottrina della capacità di disporre.

345. — a) *Dottrina della capacità di contrattare.* — Questa dottrina, che fu adottata, come s'è veduto, dai Codici a tipo francese, ha un precedente nel *Discorso al Corpo legislativo* pronunciato da Treilhard (4) il quale disse esser necessario che il fideiussore sia *capace di contrattare.* Questo concetto, seguito da molti autori (5), ha un fondamento nella lettera della legge la quale dice appunto che il debitore obbligato a dar sicurtà deve presentare una « persona *capace di contrattare* », ossia di obbligarsi (Cod. civ. it., art. 1904 cit.).

Conviene però riconoscere che queste espressioni sono improprie. La capacità *generale* di contrattare è insufficiente per gli stessi Codici che hanno adottato questa terminologia.

(1) Confr. Codice del Cantone di Berna, art. 916.

(2) Lehr, *Éléments de droit civil russe,* II, n. 1365.

(3) I §§ 674-713 contemplavano le incapacità di contrarre mutui. Confronta le incapacità a prestar fideiussione contemplate dal Codice bavarese, art. 4.

(4) Fenet, XV, p. 39.

(5) Troplong, n. 188; Aubry et Rau, IV, § 424, testo e nota 3; Ponsot, *Du cautionnement,* n. 128; Duranton, XVIII, n. 309; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 935, p. 455. È indeterminato il Corsi, p. 78 e 81.

Digitized by Google

Così, ad. es., il tutore ha bensì facoltà di contrattare in nome del minore, dietro autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale, a seconda dei casi; ma non ha la capacità *speciale* di prestar fideiussione nel nome del pupillo stesso. Infatti la fideiussione, come s'è veduto, obbliga il fideiussore a soddisfare col proprio l'obbligazione garantita ove il debitore non la soddisfaccia. Per tale ragione la fideiussione richiede non soltanto la *capacità generale* di obbligarsi, ma una *capacità speciale* di prestar garanzia.

346. — b) *Dottrina della capacità di contrattare e di obbligarsi come fideiussore*. — Così insegnava Pothier (1); per il quale il fideiussore dev'essere: 1° capace di contrattare; 2° di obbligarsi come fideiussore.

Questa opinione è esatta; ma ha una grave lacuna, poichè quando si dice che vi dev'essere la capacità di obbligarsi come fideiussore non si spiega ancora in che debba consistere questa speciale capacità.

347. — c) *Dottrina della capacità di fare un contratto di beneficenza*. — Il Pont (2) opina che il fideiussore debba avere la capacità necessaria per fare un contratto di beneficenza: « il principio è che la fideiussione, contratto di beneficenza nei rapporti del fideiussore e del debitore principale, esige che il fideiussore abbia la capacità richiesta per tutti gli altri contratti di beneficenza. Bisogna rettificare in questo senso la formula degli autori che, riproducendo in generale quella di Pothier e appoggiandosi sull' art. 2018, esigono soltanto che il fideiussore abbia la capacità di obbligarsi e insegnano che le sole persone incapaci di prestare fideiussione sono quelle incapaci di contrattare. Si può opporre a questa dottrina che il tutore, per esempio, ha la facoltà di *contrattare* salvo l'adempimento delle formalità richieste, mentre non gli è permesso in alcun modo di *costituirsi fideiussore* in nome del suo pupillo ».

Questa teorica è errata in quanto presuppone che la fideiussione sia sempre assunta a titolo gratuito; mentre può anche esser contratta a titolo oneroso, nel quale ultimo caso

(1) *Op. cit.*, n. 388.
(2) *Des Petits contrats*, II, n. 57.

Digitized by Google

è illogico il richiedere la capacità di fare contratti di liberalità. Senza dire che manca un testo il quale determini la capacità necessaria a fare un contratto di beneficenza.

348. — d) *Dottrina della distinzione tra la fideiussione gratuita e la fideiussione onerosa.* — Questa distinzione è propugnata dal GUILLOUARD (1).

Secondo questo scrittore se la fideiussione è gratuita come accade per lo più, il fideiussore deve avere non la capacità di disporre, ma la capacità richiesta per fare un contratto di beneficenza. « Nous remarquerons d'abord que la personne qui s'engage comme caution ne dispose pas; elle s' oblige, et à se point de vue nous ne voyons guère comment on peut exiger en elle la capacité de disposer, puisqu'elle ne dispose pas. Elle fait un contrat de bienfaisance; elle rend un service gratuit pour le tièrs qu'elle cautionne, fort onéreux peut-être pour elle, si le tièrs ne la rembourse pas; il faut donc qu'elle ait la capacité que l'on requiert chez ceux qui font un contract de bienfaisance.

« Mais si le cautionnement n'est pas gratuit, si la caution stipule une indemnité qui lui sera payée par le créancier ou par le débitur, elle fait alors un contrat à titre onéreux ordinaire, elle contracte une obligation où elle court des chances de perte ou de gain, et il suffit, croyons-nous, d'exiger en elle la capacité ordinaire pour contracter ».

A nostro avviso è erronea questa dottrina che richiede la capacità necessaria per fare un contratto di beneficenza, allorchè la fideiussione è assunta a titolo gratuito.

Che cosa si intende per « capacità richiesta per fare un contratto di beneficenza? »

In base all'art. 1101 Cod. ital. (Cod. franc., art. 1105) per il quale è contratto a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente, la dottrina ascrive, fra l'altro, ai contratti di beneficenza la donazione, il comodato, il mutuo, il deposito, il mandato (2). Ma la capacità, richiesta per costituirli, non è eguale per tutti questi contratti. Così la capacità richiesta

(1) N. 45, p. 49-50.
(2) POTHIER, *Trattato delle obblig.*, vol. I, n. 12.

Digitized by Google

per fare una donazione (Codice ital., art. 1052 e 763) non è eguale a quella voluta per fare un mutuo o un mandato. Di quale capacità speciale intendono dunque parlare il GUILLOUARD e il PONT?

Se poi si vuole riferirsi alla capacità richiesta per fare una donazione, si cade in un grave errore, poichè la fideiussione gratuita non è una donazione, essendo che il regresso spettante al fideiussore toglie il carattere specifico della donazione, che è quello di spogliare il donante della cosa donata, senza possibilità di riprendersela (Cod. ital., arg., art. 1050).

Dunque non si pone un principio quando si afferma esser necessaria la capacità richiesta per fare un contratto di beneficenza; con ciò si lascia la questione insoluta.

349. — e) *Dottrina della capacità di disporre.* — Questa dottrina è del LAURENT (1).

Per questo scrittore la fideiussione « è un atto di disposizione; infatti il fideiussore si obbliga a pagare senza nulla ottenere, in compenso dei rischi che corre, nè dal creditore, nè dal debitore; egli dispone di ciò che s'obbliga a dare al creditore; poichè pagare è disporre. Il principio è dunque che coloro i quali non sono capaci di disporre non possono prestar garanzia ».

350. — *Nostra opinione.* — La legge è, senza dubbio, imperfetta in quanto dichiara che il fideiussore deve essere capace di contrattare, mentre non tutte le persone capaci di contrattare possono prestare fideiussione. Non potendo però l'interprete violentare la volontà del legislatore, crediamo non si possa mettere in dubbio che, per la legge vigente, la capacità di prestare fideiussione è determinata, per regola generale, dalla *capacità di contrattare*.

Questo principio non è dubbio perchè la legge dichiara esplicitamente che il fideiussore deve essere « persona capace di contrattare » (art. 1904 Cod. civ. ital. cit.). Adunque, per regola generale, qualunque persona può prestare fideiussione

(1) *Op. cit.*, XXVIII, n. 160. Il BAUDRY-LACANTINERIE e il WAHL, n. 935, p. 455, dànno di questa dottrina una interpretazione che riteniamo contraria all'intenzione del suo autore, il quale parla della capacità *ordinaria* di disporre, o non già, come credono i citati scrittori, della capacità di disporre *a titolo gratuito*.

Digitized by Google

se non è dichiarata incapace dalla legge (arg., art. 1105 Cod. cit.) o per causa di incapacità assoluta o per causa di incapacità relativa (arg., art. 1106 Cod. cit.).

Ciò posto, poichè vi sono persone incapaci di prestar fideiussione, quantunque la legge non dichiari espressamente tale loro incapacità, conviene integrare il principio della capacità generale di contrattare, con un principio che possa servire di fondamento alla capacità speciale di contrarre fideiussione.

Quest'ultimo principio non è, per le ragioni già dette, la capacità di fare un contratto di beneficenza, nè la capacità di obbligarsi come fideiussore (affermazione che si risolve in una petizione di principio), ma è, a nostro avviso, la capacità di disporre.

Che il fideiussore obbligandosi a pagare per un terzo nel caso in cui questi non soddisfaccia il proprio debito, disponga del proprio in quanto espone il suo patrimonio all'eventualità di una diminuzione eguale all'ammontare del debito pagato, ove non ottenga poi il rimborso, ci sembra indiscutibile, non ostante il contrario avviso del Guillouard (1). E ciò si dica sia per la fideiussione onerosa, come per la fideiussione gratuita, essendo che anche nella prima ipotesi si verifica per il fideiussore il rischio di una perdita, benchè meno grave in quanto è compensata parzialmente dalla pattuita rimunerazione.

Poniamo dunque il principio che per la capacità di prestar fideiussione occorre oltre alla capacità generale di contrattare, di cui la legge parla espressamente, quella speciale di disporre, mentre nel caso dell'avallo, occorre la capacità di obbligarsi cambiariamente, per la speciale natura di tale specie di garanzia che accede ad una cambiale (2).

Se si obbiettasse che manca un testo legislativo da cui risulti quale sia questa *capacità di disporre*, osserveremmo che se è vero che manca una disposizione *generale* relativa a tale capacità, non mancano tuttavia disposizioni *speciali* relative alla capacità di disporre delle singole persone, a seconda della loro posizione giuridica. Per la qual cosa, ove la legge non

(1) N. 45, p. 49-50. Vedi *retro*, n. 348.

(2) Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, parte 1ª (Torino, 1901), n. 1685, p. 127. Per la capacità della moglie vedi *ultra*, n. 359.

Digitized by Google

abbia dichiarato espressamente se una persona determinata sia o no capace di prestare fideiussione si può sempre decidere la questione, per interpretazione logica o analogica, determinando se a quella persona la legge riconosca oltre alla capacità generale di contrattare, quella speciale di disporre. Il che apparirà dall'esame che ora faremo delle singole capacità.

351. — *Gli incapaci di mallevare.* — Poichè sono capaci di prestar garanzia soltanto le persone capaci di contrattare e disporre, non possono far sicurtà:

1° il minore che è incapace per tutti gli atti della vita civile, e quindi anche per gli atti di disposizione (arg., art. 323 e 1106 Cod. it.) (1);

2° l'interdetto, giudizialmente o legalmente, che è incapace di contrattare nonchè di disporre (arg., art. 1106 Codice cit.) (2);

3° il minore emancipato che non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione (arg., art. 317 Cod. cit.) (3).

4° l'inabilitato che non può fare neppure esso gli atti eccedenti la semplice amministrazione (arg., art. 339 e 1106 Cod. cit.); ma egli può prestar fideiussione se assistito dal curatore, poichè tale assistenza lo abilita agli atti dispositivi (arg., art. 339 Cod. cit.);

5° il tutore del minore (4) e il tutore dell'interdetto (5), i quali non possono prestar fideiussione nel nome del minore o dell'interdetto di cui amministrano il patrimonio;

6° la donna maritata; la quale però può prestar garanzia se autorizzata dal marito o dal tribunale secondo i casi (art. 134 Cod. cit.) (6);

(1) Il Codice svedese, cap. X, art. 13, dichiara espressamente che « un minore non può rendersi fideiussore ».

(2) Confr. per il diritto francese Guillouard, n. 47; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 938, p. 456.

(3) Guillouard, n. 47; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 937, p. 456. Questa incapacità è espressamente dichiarata dal Codice civile argentino, art. 2011, n. 1.

(4) Guillouard, n. 47; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 937, p. 456. — Conforme Cod. civ. argentino, art. cit., n. 3.

(5) Conf. Cod. civ. argentino, art. cit.

(6) Il Codice svedese, cap. X, art. 13, vieta espressamente alla donna maritata di prestare fideiussione, salvo il consenso del marito; e consente invece alla vedova di « engager ses biens pour former un cautionnement ».

Digitized by Google

7° e, in generale, coloro ai quali sono vietati gli atti dispositivi.

352. — *La fideiussione della donna.* — Riguardo alla fideiussione prestata dalla donna, il diritto odierno si è liberato, ma non interamente, dai divieti che in diritto romano derivavano o dal Senato-consulto Vellejano e dalla sua interpretazione, oppure da rescritti di Giustiniano (1).

Per la legislazione romana le donne, come si è veduto (2), non potevano prestar garanzia.

Tuttavia Giustiniano aveva permesso alle donne, con la Novella 134, cap. 8, di rinunciare, quando si obbligavano, alla eccezione concessa dal detto Senato-consulto.

353. — Questa massima fu seguita nel diritto francese antico; ma siccome, scrive Pothier (3), la clausola di rinuncia al Senato-consulto Vellejano era divenuta di stile negli atti notarili e ne rendeva inutili gli effetti, il re Enrico IV, con editto del 1606, abrogò interamente il Senato-consulto Vellejano il quale non ebbe più vigore in tutta la giurisdizione del Parlamento di Parigi dove l'editto fu registrato. Mentre in Normandia, dove l'editto non fu registrato, si osservò ancora il detto Senato-consulto e non ebbe vigore la Novella che permetteva di rinunziarvi. Dal quale fatto nascevano questioni sui limiti di spazio delle disposizioni legislative, che oggi hanno perduto la loro importanza.

354. — In Germania le prescrizioni del diritto romano erano state alterate nel medio evo, secondo il diritto consuetudinario, e la pratica. Secondo un diritto consuetudinario la intercessione della donna commerciante era valida anche se non dichiarata formalmente e anche se la donna commerciante intercedeva per il proprio marito.

Secondo una *Praxis* fondata sui principî del diritto canonico la intercessione giurata della donna era sempre valida. E secondo un diritto consuetudinario fondato sul diritto romano, l'intercessione della donna era sempre valida se la donna stessa rinunziava al beneficio a lei spettante (4).

(1) D. *ad Senat. Vell.*, 16, 1; Cod. 4, 29; Nov. 134, cap. VIII.
(2) Vedi *retro*, n. 337.
(3) N. 389.
(4) Baron, *Pandekten*, § 257, p. 432.

Digitized by Google

Del resto, in Germania il S. C. Vellejano di cui si trovavano tracce nel Codice bavarese (art. 24) e nel *Landrecht* prussiano (§ 221), era già stato abbandonato nella maggior parte degli Stati anche prima che il vigente Cod. civ. Germanico lo abrogasse (1).

355. — Per il diritto russo le donne, nelle provincie baltiche per evidente influenza del diritto romano, non possono vincolarsi come fideiussori se non dichiarano espressamente di conoscere esattamente le conseguenze giuridiche di tale vincolo e di rinunziare ai diritti dei quali potrebbero valersi a tale riguardo (Cod. baltico, 4506) (2).

356. — Altre legislazioni moderne non seppero sfuggire all'influenza del riferito Senato-consulto. Così è per il Codice del Perù (3) e per il Codice portoghese, per il quale possono prestar garanzia tutti coloro che possono contrattare, tranne le donne non commercianti (art. 819). Tuttavia le donne anche non commercianti possono validamente prestar garanzia: 1° per garantire il pagamento d'una dote in contemplazione d'un matrimonio; 2° se esse hanno agito con dolo in pregiudizio del creditore; 3° allorquando esse hanno ricevuto dal debitore la cosa o la somma che si tratta di garantire; 4° se esse si sono obbligate per una cosa che loro appartiene o in favore dei loro ascendenti o discendenti (art. 820).

Il quale principio dell'incapacità delle donne non commercianti vale anche per il Codice messicano, art. 1817, che ammette però le stesse eccezioni del Codice portoghese, tranne la prima, e con la differenza che la quarta eccezione vale altresì per il caso in cui la donna siasi obbligata a favore del coniuge.

357. — Nel diritto italiano il Senato-consulto Vellejano lasciò qualche traccia negli abrogati Codici sardo ed estense.

Per l'art. 2054 del Codice sardo le donne non potevano rendersi fideiussori od in altro simile modo assumersi le altrui obbligazioni fuorchè coll'autorizzazioue del Tribunale di Prefettura, il quale non doveva concederla se non dopo essersi

(1) Confr. Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, I, n. 153, Hanover, 1889.

(2) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, to. II, n. 1365, p. 447, Paris, 1890.

(3) Raoul De La Grasserie, *Code civil Péruvien*, Paris, 1896, p. 212-214.

Digitized by Google

assicurato che la donna fosse libera nella sua volontà e che non fosse stata spinta ad essere garante da dolo o da seduzione, e che un tale atto avesse una causa giusta e ragionevole. Rispetto alle donne maritate, doveva inoltre il Tribunale accertarsi che oltre al concorso di prudenti motivi, tale fideiussione avesse per oggetto l'interesse della famiglia.

Le solennità accennate dovevano essere osservate sotto pena di nullità (art. 2055). Le solennità medesime non avevano però luogo rispetto alla donna esercente pubblicamente la mercatura, allorchè trattavasi di materie concernenti il commercio (art. 2056).

Disposizioni analoghe conteneva il Codice estense agli articoli 2035-2036. Per il primo di questi articoli le donne non potevano « costituirsi sicurtà, od in altro simile modo assumersi le altrui obbligazioni, fuorchè coll'autorizzazione del Tribunale, sotto la giurisdizione del quale avevano « domicilio o dimora ». E per l'art. 2036 tale autorizzazione non era necessaria « rispetto alla donna esercente pubblicamente la mercatura, allorchè trattasi di materie concernenti il commercio ».

358. — Sull'esempio dei Codici francese, austriaco, olandese e degli abrogati Codici delle Due Sicilie e parmense, il Codice italiano, seguìto poi da altri Codici moderni, quali il Codice spagnuolo, si ribellò alla tradizione non riproducendo il divieto alla donna di prestar fideiussione.

E ben fece. Le ragioni addotte a giustificazione del S. C. Vellejano non hanno infatti, attualmente, alcun valore.

« Nam sicut moribus civilia officia ademta sunt feminis, et pleraque ipso jure non valent, ita multo magis adimendum iis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris » (L. 1, § 1, D. *ad Senat. Vell.*, 16, 1). Così disse Paolo. È però facile osservare che il *periculum rei familiaris* esiste altresì per l'uomo che garantisca per altri e tuttavia la legge non vieta la fideiussione a chiunque sia capace di disporre delle cose proprie. E se alla donna si interdicono anche oggi molti uffici pubblici, non è questo un argomento per vietarle altresì un ufficio privato quale la fideiussione.

Vero è che Ulpiano nella L. 2, § 2, D. *h. t.* encomia la

Digitized by Google

sapienza del Senato per aver così recato soccorso alle donne *propter sexus imbecillitatem*. Senonché questa pretesa inferiorità del sesso femminile e la conseguente incapacità naturale della donna per talune obbligazioni non ha fondamento nella realtà delle cose.

Verità sentite dal ministro PISANELLI quando nel presentare al Senato il progetto del primo libro del Codice italiano disse che: « le ragioni addotte dai sostenitori del Senato-consulto Vellejano, i quali ravvisano un monumento di sapienza legislativa in un provvedimento di circostanza dettato dallo stesso pensiero che esagerò il sistema dotale, non possono ammettersi da una buona teoria perchè esse proverebbero troppo. La logica conseguenza di quelle ragioni sarebbe la tutela universale e perpetua non solo delle donne, ma altresì degli uomini ».

Non sono pertanto da approvarsi nè i Codici che vietavano la fideiussione alla donna in modo quasi assoluto (Codice sardo ed estense), nè quelli che hanno mitigato il divieto con più numerose eccezioni (Cod. portoghese e bavarese). Questi ultimi sono anzi meno logici dei primi, in quanto per essi si devono necessariamente escludere, dalle eccezioni consentite, taluni casi non espressamente contemplati, per i quali tuttavia vi sarebbe uguale ragione di eccettuarli; ad es. per il Codice portoghese la fideiussione prestata per un creditore minorenne e la fideiussione prestata dietro un compenso in denaro, che non sono contemplate fra le eccezioni.

359. — La validità della fideiussione prestata dalla donna è subordinata ad una condizione allorchè si tratta di una donna maritata; occorre cioè in tal caso l'autorizzazione del marito (Cod. it., art. 134); e ciò non già per una presunzione di inferiorità derivante dal sesso; ma per rispetto all'autorità maritale e per attuare nella famiglia l'unità di indirizzo nella gestione degli interessi domestici.

Per tali ragioni il citato art. 134 Cod. it. dichiara che la donna maritata non può, senza l'autorizzazione maritale, « costituirsi sicurtà »; principio che vale anche per l'avallo cambiario (1).

(1) VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino, 1901, vol. IV, parte I, n. 1685, p. 127.

Digitized by Google

Così la moglie, che in base al citato articolo il quale enumera tassativamente i casi di incapacità, può, senza autorizzazione maritale, comprare mobili e costituirsi debitrice del prezzo, non può, al contrario, prestar fideiussione per il prezzo dovuto da altro acquirente (1).

L'autorizzazione maritale per la fideiussione prestata dalla moglie non è necessaria nei casi specificati dell'art. 135 Codice it., e cioè:

1° quando il marito sia minore, interdetto, assente o condannato a più d'un anno di carcere durante l'espiazione della pena;

2° quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito;

3° quando la moglie eserciti la mercatura.

360. — Per la fideiussione prestata dalla moglie è necessaria non più l'autorizzazione maritale, ma quella del tribunale civile, nei casi contemplati dall'art. 136 Cod. it., ossia:

1° se il marito ricusa l'autorizzazione alla moglie;

2° se la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito o per mutuo consenso (2);

3° se si tratti di atto nel quale siavi opposizione d'interesse fra marito e moglie.

Così la donna maritata non può, senza l'autorizzazione *giudiziale*, prestar fideiussione per un debito personale del marito, essendovi opposizione di interesse fra i coniugi (3), poichè il vantaggio che dalla fideiussione ritrarrebbe il marito,

(1) Cass. Napoli, 4 dicembre 1897 (*Gazz. Proc.*, 1898, 160).

(2) In Francia, dopo la legge 6 febbraio 1893 (art. 3), la moglie separata di corpo può prestar fideiussione senza l'autorizzazione maritale, come può compiere ogni atto della vita civile. Vedi Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 936, p. 456.

(3) Cass. Torino, 21 dicembre 1882 (*La Legge*, 1883, I, 480); Cass. Napoli, 6 novembre 1879 (*Giur. it.*, 1880, I, 1, 5); Corte d'appello di Trani, 1° maggio 1886 (*Riv. di giur.* di Trani, 1886, 589); Corte d'app. di Torino, 15 dic. 1886 (*Giur. tor.*, 1887, 62); 23 dicembre 1885 (*Id.*, 1886, 136). In senso diverso, per il Codice francese, Guillouard, n. 46, p. 51, il quale insegna: 1° che la moglie può, con l'autorizzazione *maritale*, prestar garanzia non solo per un terzo, ma per lo stesso marito; 2° che l'abrogazione del senato-consulto Velleiano essendo d'ordine pubblico, i futuri sposi non possono convenire nel contratto di matrimonio, che la moglie sarà incapace di prestar garanzia per suo marito. — Vedi anche Id., *Traité du contrat de mariage*, I, n. 102-103.

Digitized by Google

potrebbe indurlo a dare l'autorizzazione anche a danno della moglie, mentre l'autorizzazione maritale è istituita per tutelare gli interessi della moglie stessa e della famiglia.

361. — La fideiussione assunta dalla moglie per garantire un debito del marito è nulla se manca l'autorizzazione giudiziale quantunque la sicurtà sia stata prestata dalla moglie per salvare l'onore del marito, ed anche quando la moglie sia stata determinata da grave necessità e a vantaggio della propria famiglia (1).

Per ragioni uguali a quelle sopra esposte si ritenne altresì necessaria l'autorizzazione giudiziale quando la moglie presta fideiussione per debito contratto solidalmente dal marito e dal figlio, salvo che l'interesse sia tutto di quest'ultimo (2); e quando presta fideiussione per un debito contratto solidalmente dal marito e dai suoi germani (3).

362. — *Capacità delle persone giuridiche a prestare fideiussione*. — Le persone giuridiche avendo, in massima, la capacità di assumere obbligazioni conformemente ai loro statuti e analogamente alle persone fisiche, hanno pure, in massima, la capacità di prestar fideiussione per altre persone giuridiche o fisiche, a norma dei loro statuti. Una società commerciale, ad esempio, può prestare valida garanzia (4).

Ma una restrizione è necessaria in quanto riguarda allo Stato.

363. — Mentre per lo Stato v'è piena capacità di ricevere fideiussioni a proprio favore (5), il prestar fideiussione per obbligazioni altrui è invece un atto che non gli conviene. E qui il Giorgi (6) insegna che, sebbene talvolta qualche Stato abbia garantito debiti personali del Principe, od operazioni finanziarie di corpi morali, collegate con un interesse pubblico,

(1) Cass. Firenze, 7 febbraio 1889 (*Temi Ven.*, 1889, 203); Trib. di Bari. 31 maggio 1898 (*Rass. giur. Bari*, 1898, 183).

(2) Cass. Napoli, 28 giugno 1884 (*La Legge*, 1884, II, 769).

(3) Cass. Napoli, 20 dicembre 1883 (*La Legge*, 1884, II, 158).

(4) Confr. Paris, 30 août 1867 (*Sirey*, 1867, II, 338); 10 mai 1875 (*Dalloz, Rép.*, 1875, II, 240) — Guillouard, n. 109, p. 120; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 990, p. 484.

(5) Vedi *ultra*.

(6) Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, vol. III, n. 62, p. 113.

Digitized by Google

tuttavia queste garanzie sono più politiche che rigorosamente civili: si fanno per atti legislativi, anzichè mediante contratti di ragion civile. Questo principio era già noto agli antichi, i quali dicevano: « Non tamen fiscus, quamvis dives et sol- « vendo idoneus fideiussor reputatur ob difficultatem in eum « conveniendo » (1).

B) — La capacità speciale del fideiussore.

Sommario: 364. Requisiti della capacità speciale.

364. — Allorchè il debitore è obbligato a fornire un fideiussore o in forza di accordo col creditore o di legge o di ordine giudiziale, la *capacità speciale* che il maggior numero delle legislazioni odierne richiede, oltre le altre condizioni enunciate, per l'idoneità di tale fideiussione, consiste nel possesso per parte di esso, di beni sufficienti a cautelare l'obbligazione e in un domicilio determinato. In altri termini, non basta, nei casi suaccennati, che il fideiussore offerto abbia la capacità generica di obbligarsi come tale, ma occorre inoltre che egli abbia una speciale solvibilità, accompagnata da uno speciale domicilio.

Non è possibile determinare *a priori* la *quantità* dei beni sufficienti a cautelare l'obbligazione, tutto dipendendo dall'entità dell'obbligazione garantita. Resta pertanto a vedersi se convenga stabilirne per legge la *qualità*.

I. — I beni del fideiussore.

Sommario: 365-366. Legislazione francese. — 367. Legislazione italiana. — 368-369. Legislazioni più recenti. — 370. Eccezioni al principio della solvibilità speciale. — 371. Senso dell'espressione *materie di commercio*. — 372. Ragioni che giustificano l'eccezione per le materie commerciali. — 373. Eccezione per i debiti tenui. — 374-375. Litigiosità dei beni. — 376. Senso della frase *beni litigiosi*. — 377. La condizione risolutiva. — 378. Immobili gravati da ipoteche o altri diritti. — 379-380. Distanza dei beni. — 381. L'ipoteca sui beni del fideiussore. — 382. Insolvibilità sopraggiunta del fideiussore. — 383-384. La legislazione romana e Pothier.

(1) Peregrinus, cit. dal Giorgi, *op. loc. citt.*

Digitized by Google

— 385. Legislazioni odierne. — 386-389. Dottrina e critica. - 390. *Quid juris* nel caso in cui il creditore non ha preteso un fideiussore? — 391. Obbligo tacito di dare garanzia. — 392-393. Senso della frase *non solvente*. — 394. Diminuzione della solvibilità del fideiussore. — 395. *Quid juris* nel caso di confusione nella persona del debitore o del fideiussore? — 396. *Quid juris* nel caso di morte del fideiussore?

365. — a) *Legislazione francese*. — Il Codice francese all'art. 2019 dichiara che la solvibilità d'un fideiussore non si misura altrimenti che in ragione delle sue « proprietà fondiarie ». Adunque soltanto coloro che dispongono di una proprietà fondiaria sono fideiussori idonei.

In questo principio il Codice francese fu seguìto dall'abrogato Codice parmense (art. 2048), nonchè da alcuni dei Codici vigenti, quali il neerlandese (art. 1865).

Il Codice portoghese (art. 824) (1), il peruviano (2), il chileno (art. 2350), il Codice dell'Uruguay (art. 2073), il messicano (art. 1831), il columbiano (art. 2376) esigono anch'essi non una solvibilità determinata da beni di qualsiasi natura, ma da beni immobili, salve le eccezioni che esamineremo.

366. — Siffatto principio è dovuto all'influenza della tradizione. Nell'antico diritto la proprietà mobiliare era poco considerata; onde Pothier (3) scriveva che per giudicare della solvibilità d'un fideiussore e della sufficienza dei suoi beni per rispondere del debito, non si ha ordinariamente riguardo ai suoi beni mobili, perchè questi facilmente si alienano e non ammettono ipoteca.

E Treilhard (4) diceva che il fideiussore dev'essere solvibile « non d'una solvibilità fuggitiva, come quella che presenterebbe una fortuna mobiliare..... ma d'una solvibilità costante e assicurata da proprietà fondiarie e libere ».

Ma avendo oggidì la proprietà mobiliare acquistato una grandissima importanza, la riferita disposizione del Codice napoleonico è censurata dagli stessi scrittori francesi così sotto l'aspetto pratico come sotto l'aspetto logico (5).

(1) Questo Codice non contempla eccezioni al detto principio. Vedi *ultra*, n. 370.
(2) Raoul De La Grasserie, *op. loc. citt.*
(3) *Op. cit.*, n. 390.
(4) *Exposé des motifs au Corps Législatif* (Fenet, XV, p. 39-40).
(5) Pont, *Des petits contr.*, II, n. 123; Troplong, n. 204; Laurent, n. 188.

Digitized by Google

367. — b) *Legislazione italiana*. — Il principio seguìto dal Codice italiano (art. 1905), sull'esempio del Codice sardo (art. 2052) e del Codice estense (art. 2033), è più largo del sistema francese. Per il Cod. it. (art. cit.) la solvenza di un fideiussore non si misura che in ragione dei suoi *beni capaci d'ipoteca*. Quali siano i beni capaci d'ipoteca è dichiarato dall'art. 1967 (1), e cioè:

1° i beni immobili che sono in commercio, coi loro accessori riputati come immobili;

2° l'usufrutto degli stessi beni coi loro accessori, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti;

3° i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici;

4° le rendite sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico.

368. — c) *Legislazioni più recenti*. — Le legislazioni civili più recenti, quali il Codice argentino, lo spagnuolo, il Codice federale svizzero e il Codice germanico non richiedono che il fideiussore abbia beni stabili o capaci d'ipoteca.

Per il Codice civile argentino (art. 1998), quando la fideiussione è legale o giudiziale, il fideiussore, oltre ad altre condizioni cui deve rispondere, deve essere persona *accreditata* (abonado) o perchè possiede beni immobili conosciuti, o perchè gode, nel luogo, un credito patrimoniale indiscutibile.

Per il Codice spagnuolo (art. 1828) basta che il fideiussore abbia, oltre la capacità di obbligarsi, dei « beni sufficienti per rispondere dell'obbligazione ch'egli garantisce ».

Il Codice svizzero (art. 490) si limita ad esigere, per la capacità del fideiussore, che egli possa « obbligarsi per contratto ».

Il Codice germanico, che consacra alla « prestazione di sicurtà » una sezione apposita (la 7ª) del libro I (§§ 232-240), dopo aver dichiarato i modi coi quali « chi è tenuto a prestar sicurtà può farlo », soggiunge che se la sicurtà non può pre-

(1) Questo articolo non è interamente conforme al corrispondente art. 2168 del Codice sardo e all'art. 2159 del Codice estense. Resta in ogni modo l'identità, per i detti tre Codici, del principio per il quale il fideiussore deve avere *beni capaci d'ipoteca*.

Digitized by Google

starsi in nessun altro dei modi indicati « è ammessa la prestazione di un valido fideiussore » (§ 232). Ed è fideiussore idoneo chi « possiede una *sostanza* commisurata all'ammontare della sicurtà da prestarsi..... ». La dichiarazione di garanzia deve contenere la rinuncia all'eccezione di escussione (§ 239).

369. — Fra tutti i sistemi che abbiamo esaminato ci sembra che sia preferibile quello adottato dal Codice spagnuolo.

Quando il debitore, o in forza di convenzione, o di legge, o di sentenza, deve dar sicurtà, è ben naturale che si esiga da lui un fideiussore, il quale abbia dei « beni sufficienti per rispondere dell'obbligazione ch'egli garantisce », di qualunque specie essi siano, poichè è assurdo esigere un fideiussore per assicurare l'esecuzione di una obbligazione, se lo stesso fideiussore non è solvibile, ossia non capace di soddisfare il debito garantito.

Ma altro è l'esigere nel fideiussore *beni* di qualsiasi specie sufficienti a garantire l'obbligazione, ed altro è il richiedere che egli abbia *beni immobili* come esige il Codice francese, o *beni capaci d'ipoteca*, come vuole il Codice italiano.

Non vale il dire che i beni mobili non essendo suscettivi d'ipoteca (*mobilia sequelam non habent*), hanno un valore inferiore a quello dei beni immobili o dei beni capaci d'ipoteca, e che la loro natura li rende facilmente alienabili. Vero è che i mobili sono un mezzo di garanzia meno sicuro dei beni capaci d'ipoteca; ma non è questa una ragione sufficiente per ritenere che essi non possano costituire quella garanzia seria ed efficace che è richiesta dalle esigenze degli affari. La solvibilità del fideiussore non dipende soltanto dalla *qualità* dei beni ch'egli possiede: non è vero che sia solvibile soltanto colui che ha beni capaci d'ipoteca; la qualità dei beni è uno dei fattori della solvibilità, ma non il solo. Non si comprende perchè non si possa reputare fideiussore idoneo colui che dispone di un ingente capitale o in azioni di società commerciali, o in altri titoli di credito diversi dalla rendita pubblica nominativa, o in contanti, mentre per legge è fideiussore idoneo, ad es., colui che sia usufruttuario di un podere.

S'aggiunga che i beni mobili sono oggidì la forma più diffusa della ricchezza; sicchè, escludendo i proprietari di beni

Digitized by Google

mobili, si assottiglia notevolmente il numero di coloro che potrebbero assicurare con le proprie sostanze le altrui obbligazioni.

È poi indiscutibile che il trovare chi acconsenta a garantire una obbligazione non è agevole cosa per i rischi inerenti alla fideiussione. Se a questa difficoltà di fatto si aggiunga un ostacolo di diritto, quale è il criterio della solvibilità del fideiussore, dedotto unicamente dai beni immobili o dai beni capaci d'ipoteca, si aggrava la condizione del debitore obbligato a dar sicurtà, quando il creditore, invocando la legge, ricusi di accettare come fideiussore qualsiasi persona che non realizzi la detta condizione.

370. — d) *Eccezioni al principio della solvibilità specifica.* — Escluso il Codice portoghese (art. 824), le stesse legislazioni che seguono il principio per il quale la solvibilità del fideiussore si misura soltanto in ragione delle sue proprietà immobiliari (sistema francese) o dei suoi beni capaci d'ipoteca (sistema italiano) ammettono due eccezioni: 1° quando si tratti di materie di commercio; 2° se il debito sia tenue: Codice francese (art. 2019); neerlandese (art. 1865); italiano (articolo 1905), con gli abrogati Codici: parmense (art. 2048); sardo (art. 2052); estense (2033); peruviano (1); chileno (articolo 2350); dell'Uruguay (art. 2073, 1° capov.); columbiano (art. 2376 1° capov.).

Il Codice messicano (art. 1833) consente invece una sola eccezione per il caso che il debito « no llegue á 300 pesos ».

371. — L'espressione *materie di commercio* è vaga, e dà luogo alla questione se si riferisca al caso di un debito commerciale o di un fideiussore commerciante.

Bartolo (2) ed altri, seguìti poi da Marsili (3), reputavano idonea la fideiussione data dal negoziante che non avesse beni immobili, ma fosse alla testa di un commercio bene stabilito: *ut*, dice Marsili (4), *si teneret magnam apothecam seu mensam.*

(1) Raoul De La Grasserie, *op. loc. citt.*,
(2) Sulla legge *Sciendum*, D. *qui satisd. cog.*, n. 5
(3) *Op. cit.*, n. 241.
(4) *Loc. cit.*

Digitized by Google

Il TROPLONG (1) opina che il testo della citata disposizione del Cod. francese, largamente interpretato, si presti a tale massima. Questa dottrina, scrive il citato autore, è favorevole al credito, ed è soprattutto nell' interesse degli stranieri, i quali, essendo particolarmente in rapporto coi negozianti, sarebbero esposti a mancare di fideiussori accettabili, se si prendessero in un senso troppo stretto le parole *in materia commerciale*.

Certamente sarebbe desiderabile che la legge si fosse espressa nel senso proposto da TROPLONG; ma l'interpretazione da lui fatta è inaccettabile anche se si voglia intendere il testo in senso largo.

Bisogna forzare il significato naturale dell' espressione *materie di commercio* per ammettere che essa si riferisca alla qualità di commerciante nel fideiussore. Tali parole non possono riferirsi che all'oggetto dell'obbligazione garantita; esse significano che l'eccezione si applica nel caso in cui il debito che si vuol garantire sia di natura commerciale. La circostanza che il fideiussore sia o non sia commerciante è indifferente. Per la dottrina avversaria potrebbe prestar garanzia un commerciante (non fornito del detto requisito) per un debito civile; ma è assurdo affermare che si tratta di *materia di commercio* anche quando il debito sia *civile* (2).

Si obbietta che la nostra interpretazione è semplicemente letterale, e non considera « che in questa materia il legislatore indica degli elementi per stabilire un criterio della solvibilità del fideiussore; e ciò per un apprezzamento deferito al giudice; e quindi non era necessario un rigore di linguaggio il quale d'altronde è trasandato tanto dal legislatore francese che dall' italiano, anche in materie più gravi » e che « in ogni modo le parole usate dal legislatore *in materie di commercio* sono espressioni generiche, le quali bene possono riferirsi al debito commerciale come al fideiussore commerciante » (3).

Rispondiamo che la interpretazione da noi seguìta non è

(1) N. 205. Segue questo autore il GALDI, n. 57, p. 65.

(2) In questo senso: LAURENT, n. 189; GUILLOUARD, n. 88, p. 101; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 977, p. 479; CORSI, cap. IV, § 5, p. 84-86; RICCI, n. 333.

(3) GALDI, n. 57, p. 65.

Digitized by Google

soltanto letterale, ma risale altresì allo scopo propostosi dal legislatore nell'introdurre l'eccezione per le materie di commercio per ragioni che fra poco esporremo. Trattandosi poi di una eccezione è illecito più che mai di forzare il senso naturale delle espressioni adoperate dal legislatore, le quali, del resto, non devono essere alterate neppure ove si tratti di disposizioni non eccezionali; nè è lecito, per conseguenza, supporre che il legislatore abbia trascurato il rigore del linguaggio ed abbia voluto rimettersi all'apprezzamento del giudice per quanto concerne questo elemento della solvibilità del fideiussore. E, per quanto generiche, le parole « in materia di commercio » non possono, senza cadere nell'arbitrio, riferirsi al fideiussore commerciante.

Con ciò concludiamo. La legge è difettosa in quanto dichiara non idoneo il fideiussore che non possiede beni capaci d'ipoteca (Cod. it.) o proprietà fondiaria (Cod. franc.) allorquando si tratti di un debito *civile*; mentre, come si disse, l'interesse del credito suggerisce una massima diversa, secondo la quale basta che il fideiussore abbia beni sufficienti a garantire l'obbligazione, di qualunque specie siano tali beni, e sia o non commerciante chi presta la garanzia, e sia civile o commerciale il debito garantito.

372. — La eccezione introdotta a favore della *materia commerciale* si giustifica (1) se si consideri che chi deve dar sicurtà per un *debito commerciale* difficilmente potrebbe trovare, tra i commercianti, un fideiussore idoneo, avente beni immobili, poichè il patrimonio dei commercianti consiste più spesso in capitali che in beni capaci d'ipoteca (fatta una non importante eccezione per la rendita pubblica nominativa). È bensì vero che il fideiussore idoneo si può cercare anche tra i

(1) Il Laurent, n. 189, pur sostenendo l'esposta interpretazione della legge, censura tale disposizione affermando che è la posizione sociale del fideiussore quella che dovrebbe essere decisiva : si concepisce che un ricco negoziante sia ammesso come fideiussore benchè non possegga immobili, anche se il debito è civile. Noi crediamo invece che, dato il sistema seguito dalla legge, non vi sia alcuna ragione per ammettere la idoneità del fideiussore commerciante non proprietario di immobili, piuttosto che la idoneità del fideiussore non commerciante e proprietario di soli beni mobili. — Vedi Guillouard, n. 88, p. 102 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 977, p. 479.

Digitized by Google

non commercianti; ma comunque, il campo di scelta sarebbe troppo ristretto per il debitore. Osserva inoltre il PONT (1) che allorquando si tratta di garantire un debito commerciale, l'affare richiede, per la sua stessa natura, una speditezza incompatibile con l'esame del valore delle proprietà immobiliari del fideiussore.

Ma tutto ciò se giustifica la eccezione introdotta per la materia commerciale, non giustifica il principio sancito per la materia civile, perocchè anche in questa materia vi sono ragioni per togliere la limitazione.

Sono ragioni meno imperiose di quelle che valgono per i debiti commerciali; ma tuttavia tali da fare ritenere, come vedemmo, che la legge dovrebbe essere in questo punto riformata.

373. — La seconda eccezione consentita dalle leggi citate si ha quando il debito è tenue. Qui i legislatori hanno dovuto riconoscere l'inutilità di esigere una proprietà immobiliare nel fideiussore la cui solvibilità sia notoria.

Non può determinarsi *a priori* quando un debito sia da reputarsi tenue: si tratta cioè di un giudizio dipendente dalle circostanze e abbandonato al discernimento del magistrato (2).

374. — *Litigiosità dei beni.* — Parecchie fra le legislazioni per le quali la solvenza di un fideiussore non si misura che in ragione dei suoi beni capaci di ipoteca (sistema italiano) o delle sue proprietà fondiarie (sistema francese) soggiungono che per il fine accennato non si tiene conto: 1° dei beni litigiosi; 2° di quelli situati a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi sopra i medesimi. Così disposero il Codice francese (art. 2019) e successivamente altri Codici, quali i Codici sardo (art. 2052); neerlandese (art. 1865); italiano (art. 1905).

In altre legislazioni di tipo francese, il secondo requisito della vicinanza dei beni è ancor più rigorosamente stabilito.

(1) *Op. cit.*, II, n. 119; GUILLOUARD, n. 87, p. 100; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 975, p. 479.

(2) PONT, II, 118; GUILLOUARD, n. 88, p. 100; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 976, p. 479.

Digitized by Google

Così era per gli abrogati Codici parmense (art. 2048) (1) ed estense (art. 2033) (2).

E così è, fra le legislazioni europee, per il vigente Codice portoghese (art. 824), a norma del quale i beni immobiliari « libres et non saisis » e sufficienti a garantire il pagamento, devono essere situati nella circoscrizione della Corte d'appello in cui il pagamento dev'esser fatto.

375. — Fra le legislazioni americane vanno notate quella del Chilì (art. 2350), seguìta da quella dell'Uruguay (art. 2073) e dalla columbiana (art. 2376), per le quali sono esclusi i beni litigiosi o « embargados » che non siano situati nel territorio dello Stato o che siano soggetti a ipoteche gravose o condizioni risolutive, con questo di più, che se il debitore è onerato di debiti che pongano in pericolo anche gli immobili non ipotecati ad essi, non si deve tener conto di tali beni.

Supera le altre legislazioni nel rigore del secondo requisito della vicinanza dei beni il Codice messicano (art. 1831, n. 2), il quale esige che i detti beni immobili, sufficienti, liberi e « no embargados ni hipotecados », siano situati « nel luogo in cui deve farsi il pagamento ».

376. — La legge non dice che cosa si debba intendere per *beni litigiosi*.

Il Codice italiano, art. 1547 (Cod. franc., articolo 1700), in materia di *retratto litigioso*, dichiara che « il diritto si ritiene per litigioso quando la sussistenza di esso già sia giudizialmente contestata ».

Se questo concetto valesse anche in materia di fideiussione, converrebbe ritenere che i beni del fideiussore sono litigiosi soltanto quando sia pendente un giudizio. Ma la disposizione riferita non è applicabile alla questione in discorso. L'art. 1547 racchiude una regola di diritto speciale, poichè è dettata per il retratto dei diritti litigiosi, che ha per effetto di rompere un contratto liberamente formato fra due parti (3); onde il legis-

(1) Per questo Codice gli immobili non dovevano essere litigiosi, nè posti fuori degli Stati nei quali vigeva il detto Codice.

(2) Per questo Codice gli immobili non litigiosi non dovevano esser posti fuori della Provincia nella quale doveva esser data la sicurtà.

(3) Guillouard, *Traité de la vente*, II, n. 879.

Digitized by Google

latore limita il retratto al caso in cui vi sia un giudizio iniziato.

Invece la disposizione dell'art. 1905 Cod. ital. (Cod. franc., art. 2019) è, nel sistema di questi Codici, una regola di diritto comune. Di guisa che l'espressione *beni litigiosi* va interpretata in un senso più largo, ossia va intesa nel senso che i beni del fideiussore siano a considerarsi litigiosi non solo nel caso in cui già sia iniziato un giudizio, ma altresì nel caso in cui un giudizio può sorgere, quantunque non sia ancora iniziato (1).

377. — *Quid juris*, nel caso di beni che possono cessare di far parte del patrimonio del fideiussore per effetto della condizione risolutiva?

Già vedemmo che questa è una causa di esclusione per i Codici chileno, art. 2350; columbiano, art. 2376 e dell'Uruguay, art. 2073.

Questi beni non sono *litigiosi* nel senso proprio della parola, se non consti che il fideiussore sia minacciato, a cagione di essi, o da un *giudizio iniziato*, o da un *giudizio che possa iniziarsi*. Ma è evidente che questa ipotesi è analoga a quella dei beni litigiosi, perocchè la condizione risolutiva può sottrarre al patrimonio del fideiussore i detti beni, altrettanto facilmente come un giudizio iniziato o da iniziarsi sopra i medesimi. Crediamo pertanto che, interpretando per analogia (art. 3, Dispos. prel. Cod. civ. it.), si debba ritenere il creditore autorizzato a rifiutare il fideiussore che abbia beni soggetti a risoluzione (2).

378. — In tali materie il magistrato ha la potestà sovrana di determinare se i beni siano litigiosi o soggetti a risoluzione (3). Nel quale esame va ricordato che, a norma di

(1) Conforme: Guillouard, n. 91, p. 104; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 978, p. 480. — Confr.: Laurent, n. 190; Troplong, n. 209; Duranton, XVIII, n. 326; Aubry et Rau, IV, § 425, testo e nota 7; Pont, II, n. 124-126; Ponsot, n. 145; Corsi, cap. IV, § 8. p. 93-94 — Cass. di Roma, 11 maggio 1887 (*La Legge*, 1887, 400); Galdi, n. 59, p. 66.

(2) Conforme: Laurent, n. 190; Guillouard, n. 91, p. 104; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 978, p. 480; Aubry et Rau, IV, § 425, testo e nota 7; Galdi, n. 60, p. 66.

(3) Vedi gli autori citati nella nota precedente. Vedi inoltre: Dalloz, v. *Cautionnement*, n. 131; Troplong, n. 209-211; Pont, II, n. 124-126.

Digitized by Google

legge (Cod. it., art. 1904 cit.), il fideiussore deve possedere *beni sufficienti per cautelare l'obbligazione*; onde, ogniqualvolta sia provato che la garanzia rappresentata dai beni del fideiussore è insufficiente, il fideiussore può essere rifiutato.

Così se l'immobile del fideiussore sia gravato da ipoteche o da un privilegio, o da un diritto d'usufrutto, o d'uso, o d'abitazione, conviene distinguere:

1° Se si tratta di diritti che assorbiscano totalmente il valore dell'immobile, come può accadere nel caso di immobili ipotecati, tale immobile non potrà esser compreso nell'apprezzamento della solvibilità del fideiussore, il quale, se non possiede altri beni capaci d'ipoteca, non sarà fideiussore idoneo.

2° Se invece, detraendo dal valore dell'immobile la stima del diritto di usufrutto, o d'uso o d'abitazione, o l'ammontare del credito ipotecario o privilegiato, si ha ancora un valore residuo, questo valore dovrà essere calcolato nell'apprezzamento della solvibilità del fideiussore. Di modo che se tale valore residuo rappresenta una garanzia sufficiente a cautelare l'obbligazione, il fideiussore è idoneo (1).

Sicchè, quand'anche tutti gli immobili del fideiussore siano gravati da un'ipoteca, ma, detratto il valore complessivo, presente e futuro, dei crediti garantiti con la ipoteca gli immobili presentino ancora un valore sufficiente a cautelare il debito, non si deve considerarli come beni insufficienti (2).

379. — *La distanza dei beni.* — Nel determinare la solvibilità del fideiussore non si tiene conto dei beni « situati

(1) Confr. i citati Codici: chileno (art. 2350), columbiano (art. 2376) e dell'Uruguay (art. 2073), che parlano di « ipoteche gravose »; e Marsili, n. 258; Troplong, n. 209; Guillouard, n. 92, p. 105; Laurent, n. 191; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 979, p. 480; Pont, II, n. 127; Ponsot, n. 151; Aubry et Rau, IV, § 425; Ricci, n. 333; Galdi, n. 60, p. 66 — Turin, 19 décembre 1806 (*Sirey*, C. N., II, II, 183). — In senso diverso: Corsi, cap. IV, § 7, p. 89, il quale afferma, senza dimostrazione, che i beni del fideiussore per essere sufficienti devono essere *liberi* « ossia non gravati di oneri reali d'ipoteche che ne *diminuiscano* il valore ». E se per fatto del fideiussore cotesti pesi sopravvenissero posteriormente, producendo lo stesso effetto, il creditore sarebbe autorizzato a chiedere una nuova cauzione in base all'art. 1906.

(2) Confr. Bourges, 7 mai 1845 (*Dalloz*, 1847, 2, 46); Rouen, 19 mars 1870 (*Id.*, 1871, 2, 190); Riom, 11 juin 1892 (*Gazz. Pal.*, 1892, 2, 39).

Digitized by Google

a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi sopra i medesimi » (Cod. it., art. 1905 e Codici cit.).

Dato il principio accolto dalle legislazioni per le quali la solvibilità del fideiussore si misura soltanto dai suoi beni immobili oppure capaci d'ipoteca, si comprende come vadano esclusi i beni situati troppo lontano. In primo luogo il valore di tali beni è più difficilmente determinabile. In secondo luogo la loro escussione è necessariamente più lunga e costosa. E poi la facilità di escutere il fideiussore fa parte della sua solvibilità (1).

380. — È questione di fatto il determinare i casi nei quali la lontananza dei beni è tale da rendere troppo difficile l'escussione (2). E non è necessario che i beni siano situati nella giurisdizione della Corte d'appello dove dev'esser data la fideiussione.

L'opinione contraria fu esplicitamente affermata da Treilhard nell'*Exposé des motifs* (3): « Nous avons donc établi « pour règle que la caution devait présenter des biens dans « le ressort du tribunal d'appel où elle doit être donnée ».

Ma questa affermazione è arbitraria. La condizione di cui parla Treilhard non è richiesta dall'art. 2019 Cod. franc., il quale esige soltanto che la escussione dei beni non sia troppo difficile « par l'éloignement de leur situation ». Nessun altro testo esige il preteso requisito. V'è bensì l'art. 2018 Codice franc. (Cod. it., art. 1904) il quale impone che il fideiussore abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte d'appello in cui si deve prestare la sicurtà (4), ma è evidente che questa disposizione relativa al *domicilio del fideiussore* non può essere estesa al caso della *situazione dei suoi beni* (5).

Un altro argomento noi desumiamo dalla legislazione com-

(1) Treilhard, *Exposé des motifs au Corps législatif* (Fenet, XV, p. 39).

(2) Guillouard, n. 90, p. 103; Baudry Lacantinerie et Wahl, n. 978, p. 480; Galdi, n. 61, p. 66.

(3) *Loc. cit.*

(4) Vedi *ultra*.

(5) Cassazione francese, 14 marzo 1838 (*Sirey*, 1838, I, 416). Gli autori sono concordi in tale principio. Vedi: Guillouard, n. 90, p. 103; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 978, p. 480, con gli altri autori ivi citati; Galdi, *loc. cit.*

Digitized by Google

parata. S'è veduto che il Codice portoghese (art. 824), il Codice parmense (art. 2048), il Codice estense (art. 2033), a cui possiamo aggiungere il Codice del Cantone di Vaud (art. 1501) e il Codice messicano (art. 1831), i quali hanno voluto determinare la precisa situazione in cui devono trovarsi i beni del fideiussore, hanno esplicitamente dichiarato entro quale circoscrizione essi debbano essere situati (1). Invece il legislatore francese e gli altri che lo imitarono tacquero su tale condizione e accolsero una formola assai più larga che lascia, per conseguenza, arbitro il giudice di apprezzare se la lontananza dei beni sia o no soverchia.

381. — *L'ipoteca sui beni del fideiussore.* — Se la legge vuole che la solvibilità del fideiussore si misuri soltanto in ragione dei suoi beni capaci d'ipoteca (Codice it., art. 1905), ciò non significa che il fideiussore sia tenuto ad accordare al creditore un'ipoteca sui proprii beni per sicurtà del credito garantito; perocchè non solo la legge non impone al fideiussore quest'obbligo, ma, implicitamente, lo esclude con l'art. 1906 che consente la sostituzione del fideiussore divenuto non solvente (2); articolo che sarebbe inutile se, in forza della sola fideiussione, il creditore potesse iscrivere una ipoteca sui beni del fideiussore.

Il detto obbligo del fideiussore sussiste soltanto nel caso in cui la fideiussione è convenzionale e il creditore ha posto per condizione che il fideiussore gli conceda un' ipoteca (3).

Fra le legislazioni il principio ora esposto si trova espressamente dichiarato dall'art. 3010 del Codice della Luigiana: « Le cautionnement n'entraîne point l'hypothèque des biens « de la caution, à moins qu'il n'y ait stipulation expresse ».

382. — *Insolvibilità sopraggiunta del fideiussore.* — Affinchè la garanzia sia seria è necessario che la solvibilità del fideiussore esista non soltanto in principio ma anche in appresso. Di qui la questione, se allorquando il fideiussore

(1) Vedi *retro*, n. 374.

(2) Vedi *ultra*.

(3) Laurent, n. 187; Guillouard, n. 102, p. 115; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 979, p. 481; Corsi, cap. IV, § 7, p. 88-89; Galdi, n. 55, p. 63.

Digitized by Google

diventi in appresso non solvente, il debitore debba darne un altro.

383. — a) *Legislazione romana.* — In diritto romano si disputava fra gli interpreti se l' obbligo di garantire la solvibilità futura del fideiussore fosse generale, oppure avesse luogo soltanto nel caso di fideiussione legale o giudiziaria, e non già nel caso di fideiussione convenzionale.

Quest'ultima opinione, fondata specialmente sulle leggi: 10, § 1, D. *qui satisd. cog.*, II, 8; 4, D. *de praet. stip.*, XLIV, 5; 3, D. *de fid.*, XLVI, 1, aveva ed ha tuttora molta autorità (1).

384. — Pothier (2) non seguì interamente tale principio. Egli ritiene bensì che il debitore debba dare un nuovo fideiussore quando la fideiussione sia legale o giudiziale; ma se la sicurtà è convenzionale Pothier distingue: « Se io mi sono obbligato indeterminatamente a dare una sicurtà, e in esecuzione di questa mia obbligazione ne ho data una che in appresso è diventata insolvibile, è d'uopo che io ne dia un'altra; ma se ho contratto da principio sotto la sicurtà del tale, o mi sono obbligato a dare un tale per sicurtà, e questo in appresso è diventato insolvibile, non posso essere obbligato a darne un altro, perchè ho promesso soltanto di dare per sicurtà colui che effettivamente ho dato ».

385. — b) *Legislazioni odierne.* — Le legislazioni a tipo francese dispongono che quando il fideiussore accettato dal creditore volontariamente o giudizialmente sia divenuto in appresso non solvente, se ne deve dare un altro. Questa regola soggiace ad eccezione nel solo caso in cui il fideiussore sia stato dato in forza di una convenzione con la quale il creditore ha voluto per fideiussore quella determinata persona: Codice francese (art. 2020); italiano (art. 1906) coi cessati Codici: sardo (art. 2053), estense (art. 2034), parmense (art. 2049), delle Due Sicilie (art. 1892); del Cantone di Vaud (art. 1502), olandese (art. 1866), spagnuolo (art. 1829), della Luigiana (art. 3012), chileno (art. 2349), dell' Uruguay (art. 2074), columbiano (art. 2375).

Diverso è il principio adottato dal Codice portoghese, per cui

(1) Marsili, n. 74; Troplong, n. 213; Guillouard, n. 95, p. 108-109.
(2) N. 392.

Digitized by Google

il creditore può esigere un nuovo fideiussore, non solo quando sia provato che il primo fideiussore è attualmente insolvibile, ma anche « *s'il y a lieu de craindre* que la caution fournie ne devienne insolvable » (art. 825).

Anche per il Codice messicano (art. 1835), affinchè il creditore possa esigere un altro fideiussore, è sufficiente che il fideiussore soffra « tal menoscabo » nei suoi beni « que se halle en riesgo de quedar insolvente ».

Invece per il Codice civile argentino (art. 2001) il creditore può domandare un altro fideiussore « si el fiador después de recibido llegase al estado de insolvencia ». Ma per il Codice commerciale argentino (art. 479) se il fideiussore, accettato dal creditore spontaneamente o giudiziariamente, diventa insolvibile, non si può esigerne un altro se il fideiussore fu dato in forza d'una convenzione con la quale il creditore ha voluto la garanzia di una persona determinata; e ciò analogamente al Codice francese e italiano.

Fra le legislazioni di tipo germanico il *Landrecht* prussiano (§§ 245-248) disponeva che si può dal creditore pretendere un altro fideiussore, se sia sopravvenuto ulteriormente nella posizione finanziaria del primo fideiussore un cambiamento tale che gli interessi del creditore siano in pericolo.

Il vigente Codice germanico, con disposizione che comprende tutte le specie di sicurtà consentite dal § 232, tra le quali la fideiussione, dichiara che « se la sicurtà prestata diviene insufficiente senza colpa dell'avente diritto, essa deve esser completata, oppure se ne deve prestare un' altra » (§ 240).

386. — c) *Dottrina e critica.* — Per determinare il vero sistema accolto dalla legislazione francese e da quelle che la seguirono occorre rintracciare nei lavori preparatorî la storia del citato art. 2020 Codice francese.

Il testo primitivo di tale articolo non obbligava il debitore a dare un altro fideiussore nel caso di fideiussione convenzionale, mentre gli imponeva il detto obbligo nel caso di fideiussione legale e di fideiussione giudiziaria (1).

(1) Fenet, XV, p. 5.

Digitized by Google

Questa distinzione censurata nel Consiglio di Stato fu poi respinta (2).

Il primo testo adottato dal Consiglio di Stato dichiarava che ogni fideiussore divenuto insolvibile dev'essere sostituito, sia che si tratti di fideiussione convenzionale o legale o giudiziaria. Si faceva eccezione per il caso in cui trattandosi di una fideiussione convenzionale il debitore « si fosse obbligato a dare una determinata persona per fideiussore ». Così non si distingueva il caso in cui il debitore ha *offerto* questa persona al creditore che l' ha accettata, dal caso in cui il creditore stesso ha *voluto* quella determinata persona.

Invece nel testo definitivo dello stesso Consiglio di Stato si fece la detta distinzione (3), di guisa che il diritto di far sostituire il fideiussore convenzionale è rifiutato nel solo caso in cui il creditore *ha voluto* per fideiussore una determinata persona (4).

387. — Questa soluzione, che deroga sia alla riferita interpretazione delle leggi romane sia al sistema di POTHIER, ci sembra migliore di tutte le altre.

Migliore di quelle che distinguono il caso della fideiussione convenzionale dal caso della fideiussione legale o giudiziale, perocchè il fideiussore, sia che debba dar garanzia in forza di convenzione, sia che debba darla in forza di legge o di sentenza, deve offrire la garanzia seria d'una persona idonea a pagare e non la garanzia illusoria di persona che sia già insolvibile o diventi tale in appresso. Per la qual cosa si può fare eccezione alla responsabilità del fideiussore soltanto se lo stesso creditore ha *scelto* il proprio mallevadore.

Ma nessuno ha dimostrato la bontà del sistema accolto dal Codice francese, meglio di CHABOT nel suo *Rapport au Tribunat* (1):

« C'est sur la foi du cautionnement que le créancier a traité avec le débiteur; la nature de l'obligation serait donc entièrement changée si la caution qui manque n'était pas

(1) FENET, XV, p. 10-16.
(2) ID., p. 33.
(3) GUILLOUARD, n. 95, p. 108.
(4) FENET, XV, p. 51-52.

Digitized by Google

remplacée par une autre, puisque le cautionnement était la condition expresse de l'obligation et que le créancier qui n'avait pas voulu traiter avec le débiteur seul, se trouverait cependant réduit à l'avoir seul pour débiteur.

« Il n'est qu'un seul cas où il ne doit pas avoir le droit d'exiger une autre caution : c'est lorsqu'il a lui même indiqué et nominativement exiger par une convention expresse la caution qui est devenue insolvable. Alors il est seul responsable du choix qu'il a fait, et le débiteur qu'il n'avait obligé qu'a lui donner cette caution ne peut-être tenu de lui en fournir une autre.

« Dans ce cas la caution étant déterminée, la garantie du débiteur est déterminée elle même ; au lieu qu'en stipulant une caution indéterminée, on entend stipuler une garantie qui soit suffisante pendant toute la durée de l'obligation ».

388. — Il sistema adottato dal Codice francese e dagli altri Codici citati è poi preferibile a quello del citato Codice messicano (art. 1835 cit.) e a quello seguìto dal Codice portoghese (art. 825 cit.), i quali accordano al creditore il diritto di esigere un nuovo fideiussore anche se vi sia semplicemente *luogo a temere* che il primo fideiussore diventi insolvibile. Se è vero che la garanzia fornita dal debitore dev' essere seria, non si deve tuttavia costringere il debitore a fornire un altro mallevadore se non sia provato che il primo è già *attualmente* insolvibile, perocchè fino a quando il creditore dimostri soltanto che *v' è a temere* circa la solvibilità del fideiussore, egli prova semplicemente che la solvibilità del fideiussore è *dubbia*, ma non prova ancora che la insolvibilità del medesimo è *certa*. E finchè non si abbia questa certezza, non è lecito aggravare ingiustamente la posizione del debitore.

389. — Migliore, da ultimo, il sistema francese di quello che distingue il caso della fideiussione convenzionale dal caso della fideiussione legale o giudiziaria, mentre, in massima, v'è per tutti tre questi casi l'identica ragione di obbligare il debitore a presentare un nuovo fideiussore, poichè, in ogni ipotesi, l'offerta garanzia dev'essere seria e non illusoria.

Quando Pothier (1) afferma che il debitore non è tenuto

(1) *Loc. cit.*

Digitized by Google

a dare un altro fideiussore se egli s'è obbligato a dare un tale per sicurtà e questo in appresso è diventato insolvibile, non fa la necessaria distinzione del caso in cui il creditore abbia *voluto* per fideiussore una determinata persona (nella quale ipotesi, il parere di POTHIER è esatto) dal caso in cui il fideiussore sia stato offerto dal debitore che, allora, per le esposte ragioni, deve garantirne anche la solvibilità futura.

390. — L'obbligo del debitore di sostituire il fideiussore divenuto insolvente sussiste se il debitore sia tenuto a dar sicurtà, perocchè allora la fideiussione è una condizione dell'obbligazione. Ma se il debitore ha offerto spontaneamente il fideiussore, e se questi ha interceduto spontaneamente (1), ossia se il creditore non ha preteso un fideiussore, il debitore non è obbligato a sostituire il fideiussore diventato in appresso insolvibile (2), dappoichè nelle dette ipotesi egli non era tenuto a presentare alcun fideiussore e quindi non ha tacitamente assunto l'obbligo di garantirne la solvibilità.

La lettera della legge (Cod. it., art. 1906; Codice franc., art. 2020) non costituisce un ostacolo a questa soluzione. Si dice bensì che l'obbligo di sostituire il fideiussore soggiace ad eccezione *nel solo caso* in cui il fideiussore sia stato dato in forza d'una convenzione con la quale il creditore ha voluto per fideiussore quella determinata persona. Ma si osservi che l'art. 2020 Cod. franc. e 1906 Cod. it. sono il complemento degli articoli 2018 Cod. franc. e 1904 Cod. it., i quali contemplano il caso del debitore *obbligato* a dar sicurtà o in forza di speciale convenzione, o di legge, o di sentenza, e non contemplano invece il caso del debitore che spontaneamente offre un fideiussore, o del fideiussore che volontariamente interviene. Per la qual cosa la disposizione in esame non è applicabile alle due ipotesi ora esaminate (3).

Ciò si dica, a maggior ragione, per il caso di un fideiussore che abbia prestato garanzia all'insaputa del debitore (4).

(1-2) Confronta, in materia di *cessione* di ragioni ereditarie in cui un terzo interceda volontariamente e divenga poi insolvente: Appello Casale, 4 dicembre 1885 (*Giur. Cas.*, 1886, 26), e GALDI, n. 64, p. 68.

(3) TROPLONG, n. 216; PONT, II, n. 140; DALLOZ, n. 143; GUILLOUARD, n. 96, p. 110; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 983, p. 482.

(4) DALLOZ, *loc. cit.*

Digitized by Google

391. — Affinchè il debitore sia tenuto a garantire la solvibilità futura del fideiussore non è però necessario che egli siasi obbligato *espressamente* a dare garanzia. Noi crediamo col GUILLOUARD (1) essere sufficiente che risulti *implicitamente* dalle circostanze che il creditore ha inteso di trattare a condizione che intervenisse un fideiussore, anche se non vi fu esplicita convenzione di presentarne uno.

392. — L'obbligo di dare un nuovo fideiussore sussiste quando il primo sia divenuto *non solvente*.

V'è controversia fra gli interpreti sopra il senso di questa espressione.

PONSOT (2) scrive che nel momento in cui si presta la fideiussione il fideiussore deve essere relativamente ricco, *locuples*. Ma, ricevuta la fideiussione, il fideiussore resta solvente nel senso dell'art. 2020 Cod. franc. finchè non gli è impossibile di soddisfare i suoi impegni; finchè non sia caduto « dans un état d'indigence »; perocchè è molto più difficile al debitore il fornire un nuovo fideiussore nel momento in cui egli non è preparato a ciò, che il presentarne uno nel momento del contratto.

Segue la medesima opinione il TROPLONG (3) che, adottando le parole di PAOLO (4), insegna essere necessaria una « calamitas fideiussorum insignis vel magna inopia ».

393. — Questa massima è, a nostro avviso, errata. Per precisare il senso dell'espressione *non solvente* bisogna mettere l'art. 2020 Cod. franc. (1906 Cod. it.) in relazione coi precedenti art. 2018, 2019 Cod. cit. (1904, 1905 Cod. it.) coi quali il citato articolo ha evidentemente un intimo nesso. I due articoli precedenti determinano le condizioni che il fideiussore deve riunire in sè. L'articolo in esame contempla la solvibilità del fideiussore senza aggiungere nulla che muti il criterio adottato dagli articoli precedenti per determinare quella solvibilità. Conviene pertanto ritenere che se, dopo

(1) *Loc. cit.*; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 983, p. 482. — Confr. Angers, 6 février 1880 (*Sirey*, 1882, II, 215).

(2) N. 166.

(3) N. 217.

(4) L. 10, § 1, D. *qui satisd.*

Digitized by Google

l'accettazione, fatta dal creditore, del fideiussore offerto dal debitore, venga a mancare nel fideiussore stesso uno dei requisiti voluti dagli art. 1904, 1905 Cod. it., il debitore deve presentare un nuovo fideiussore (1).

Si tratta insomma non della insolvibilità *ordinaria* del debitore di fronte a tutti i creditori, ma della insolvibilità *speciale* del fideiussore di fronte al creditore.

Si supponga che il fideiussore alieni tutti i suoi beni immobili capaci d'ipoteca: manca allora la condizione richiesta dall' art. 1905 Cod. it. e il creditore può esigere un altro fideiussore anche se il primo disponga di beni mobili sufficienti a cautelare il credito. È un' altra conseguenza della troppo rigorosa massima per la quale la solvenza di un fideiussore non si misura che in ragione dei suoi *beni capaci di ipoteca* (2).

La teoria di Ponsot e Troplong è poi inaccettabile anche per questa ragione che, mentre è agevole il determinare quando venga meno l'insolvibilità del fideiussore ai sensi degli art. 1904 e 1905 Cod. it., sarebbe assai difficile il fissare il *grado d'indigenza* nel quale dev'essere caduto il fideiussore perchè il creditore possa esigerne la sostituzione (3).

394. — Dal caso in cui la solvibilità del fideiussore viene a mancare, va distinto l'altro caso in cui tale solvibilità *diminuisce* soltanto.

Gli autori sono concordi nel ritenere che in quest'ultima ipotesi il debitore non è obbligato a dare un nuovo fideiussore (4), ma può invece fornire una fideiussione supplementare; perocchè questa duplice garanzia garantisce pienamente gli interessi del creditore ed è nello stesso tempo favorevole al debitore, cui è più facile trovare un fideiussore supplementare che un nuovo fideiussore per l'intero debito (5).

V'è poi anche un argomento di analogia che si deduce

(1) Pont, II, n. 144 e seg.; Laurent, n. 196; Guillouard, n. 98, p. 112-113; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 985, p. 483.

(2) Vedi *retro*, n. 367 e seg.

(3) Guillouard, *loc. cit.*

(4) In senso contrario il Codice messicano, art. 1835.

(5) Ponsot, n. 169; Troplong, n. 218; Laurent, n. 197; Guillouard, n. 99, p. 113-114; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 986, p. 483; Galdi, n. 62, p. 66-67.

Digitized by Google

dall'art. 1980 Cod. it. (Cod. franc., 2131), per il quale se i beni sottoposti all'ipoteca periscono o si deteriorano in modo che diventino insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca. Non v'è alcuna ragione per non applicare questo principio in materia di fideiussione.

395. — Allorchè il debitore principale diventa erede del fideiussore, o questi di quello, e l'erede accetta la successione puramente e semplicemente, il creditore può esigere un nuovo fideiussore?

Ponsot (1) insegna l'affermativa, osservando che la confusione, la quale ha luogo per la riunione nella medesima persona delle qualità di debitore e di fideiussore, estingue la fideiussione ed espone il creditore al concorso dei creditori personali del debitore principale sui beni del fideiussore.

Noi seguiamo la negativa perchè, se è vero che il creditore si trova esposto al pericolo accennato, è altresì vero che egli può evitare tale pericolo domandando la separazione dei patrimonî; e se trascura di far ciò *imputet sibi*. Del resto l'obbligazione principale continua ad essere garantita come per l'addietro malgrado l'avvenuta confusione, poichè i due patrimonî si trovano riuniti bensì in una sola persona, ma il patrimonio del fideiussore continua a garantire il creditore che domandi la detta separazione.

S'aggiunga che l'art. 1906 del Codice italiano (2020 del Codice francese) si fonda sulla *necessità* (insolvibilità del fideiussore) di obbligare il debitore a fornire un altro fideiussore; necessità che nel caso in esame non esiste per le esposte ragioni (2).

Occorre poi avvertire che neppure si può costringere il debitore a dare un altro fideiussore allorquando il creditore diventa erede del fideiussore; perocchè manca anche qui la ragione fondamentale della regola in esame, che è la necessità costituita dalla insolvibilità del fideiussore (3), mentre si tratta qui di estinzione della fideiussione per confusione (4).

(1) N. 174.

(2) In questo senso: Pont, n. 149; Troplong, n. 220; Guillouard, n. 101, p. 114; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 988, p. 484; Galdi, n. 63, p. 67.

(3) Confr. Troplong, n. 221.

(4) Vedi la *Parte Speciale*.

Digitized by Google

396. — *Quid juris*, se il fideiussore muore?

MERLIN (1) insegna che in tal caso il debitore deve darne un altro.

Questa opinione è falsa, sia per il Codice francese come per l'italiano. Per il Codice francese: perocchè, in forza dell'art. 2017, gli obblighi del fideiussore si trasmettono ai suoi eredi. E per il Codice italiano: perocchè se esso non riproduce il citato art. 2017 del Codice francese, contiene però l'art. 1127 per il quale devesi presumere che il fideiussore abbia contrattato non solo per conto suo, ma altresì per i suoi eredi, tranne se il contrario risulti da patto espresso. Per la qual cosa il creditore, e per il Codice francese e per l'italiano, non ha ragioni per esigere un nuovo fideiussore, salva a lui la facoltà di domandare la separazione dei patrimonî se teme che gli eredi siano insolvibili (2).

II. — **Il domicilio del fideiussore.**

SOMMARIO: 397. Il domicilio del fideiussore. Legislazioni. — 398. Critica. — 399. Domicilio elettivo. — 400. *Quid juris* se il fideiussore cambia domicilio? — 401. Il luogo dove va prestata la garanzia. — 402. Dottrina. — 403. Nostra opinione. — 404. *Quid juris* se il debito principale fu contratto in luogo diverso dal domicilio del creditore? — 405. La questione del domicilio in rapporto alla fideiussione legale e giudiziaria. — — 406. Eccezioni al principio relativo al domicilio del fideiussore.

397. — L'ultimo requisito voluto dalla legge per il fideiussore che il debitore è obbligato a fornire, riguarda il suo domicilio.

a) *Legislazioni*. — « Fideiussor..... locuples videtur dari non tantum ex facultatibus sed ex conveniendi facilitate ». Così ULPIANO nella L. 2, pr., D. *qui satisd. cog.*, II, 8.

E nel diritto francese anteriore al Codice, POTHIER (3) insegna che il fideiussore dev'essere domiciliato nel luogo in cui la sicurtà dev'esser data, ossia « dans l'étendue du

(1) *Rép.*, v. *Caution*, § II, n. 2.

(2) Vedi per il diritto francese: GUILLOUARD, n. 100, p. 114; TROPLONG, n. 223; PONT, II, n. 147; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 987, p. 483.

(3) N. 390.

Digitized by Google

bailliage » affinchè l'escussione del fideiussore non sia troppo difficile.

Nella legislazione francese il fideiussore deve, a termini del citato art. 2018, essere domiciliato « dans le ressort de la Cour d'appel où elle doit être donnée », mentre nel progetto dello stesso Codice si esigeva, con disposizione ancor più rigorosa, che il fideiussore fosse domiciliato « *dans le département* où elle doit être donnée » (1).

Dal Codice francese la disposizione passò nel Codice italiano, per il quale il fideiussore, a norma del citato art. 1904, deve avere il suo domicilio « nella giurisdizione della *Corte d'appello* in cui si deve prestare la sicurtà ».

Per il Codice sardo, art. 2051, il fideiussore doveva esser domiciliato « nella giurisdizione *del Senato* in cui deve prestarsi la sicurtà »; per il Codice estense, art. 2032, doveva esser domiciliato « *nella Provincia* ove debbo prestare la sicurtà stessa », e per il Codice parmense, art. 2047, il fideiussore doveva avere il suo domicilio *negli Stati* soggetti ad esso Codice.

Per il Codice dell'Uruguay, art. 2073, il fideiussore deve essere persona domiciliata nella giurisdizione « del Juez á quien corresponderia el conocimiento del negocio ».

Per il Codice argentino, art. 1998, se la fideiussione è legale o giudiziale, il fideiussore deve « estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal ».

Per il Codice germanico (§ 239) occorre che il fideiussore abbia « il suo foro generale nel paese ».

Nel maggior numero delle altre legislazioni moderne la condizione del domicilio è regolata con criteri meno rigorosi di quello seguito dal Codice francese.

Così il Codice neerlandese, art. 1864, esige soltanto che il fideiussore sia domiciliato nel Regno d'Olanda.

Il Codice del Basso-Canadà, art. 1938, vuole soltanto che il fideiussore abbia il domicilio nel Canadà.

Il Codice chileno, art. 2350, richiede che il fideiussore o sia domiciliato o elegga domicilio nella giurisdizione della rispettiva « Corte de apelaciones »; mentre il Codice colum-

(1) Fenet, XV, p. 5.

Digitized by Google

biano, art. 2376, esige o che il fideiussore sia domiciliato o che elegga domicilio in qualche « Estado ó Territorio de la Union ».

Per la legislazione del Venezuela (1) è sufficiente che chi deve dare un fideiussore presenti una persona domiciliata nella giurisdizione del tribunale dove deve darsi la fideiussione o che consenta di esser giudicata da questo tribunale.

È altresì liberale la disposizione del Codice giapponese, art. 450, per la quale basta che il fideiussore abbia il suo domicilio o abbia eletto un domicilio provvisorio nella giurisdizione della Corte d'appello dove deve aver luogo l'esecuzione della obbligazione.

Ma merita, più di tutti gli altri Codici, approvazione il Codice spagnuolo, art. 1828, per il quale il domicilio reale del fideiussore non influisce sulla sua idoneità, ma il fideiussore è reputato soggetto alla giurisdizione del giudice del luogo in cui l'obbligazione deve compiersi; e cioè, qualunque sia il domicilio reale del fideiussore, si ritiene che esso sia soggetto alla giurisdizione del tribunale del luogo in cui la obbligazione garantita dev'essere eseguita: è la legge stessa che elegge il domicilio per il fideiussore (2).

398. — b) *Critica.* — Questo sistema del Codice spagnuolo è, a nostro avviso, preferibile a tutti gli altri. Nella questione in esame vi sono due interessi da conciliare: quello del creditore di avere un garante di facile escussione, e quello del debitore di poter scegliere un fideiussore in una zona di estensione tale da non rendergli troppo difficile il trovare una persona disposta a garantire e fornita dei voluti requisiti.

Il sistema spagnuolo ottiene felicemente l'armonia di questi due interessi, mediante una specie di elezione di domicilio fatta dalla legge stessa per il fideiussore.

Dati i mezzi di corrispondenza e di comunicazione dei quali oggidì il creditore può disporre per escutere un fideiussore benchè lontano, la condizione richiesta dalla legislazione francese e dall'italiana costituisce un anacronismo, in quanto limita soverchiamente la non facile scelta del fide-

(1) Raoul de la Grasserie, *Code civil du Vénézuela*, p. 210, Paris, 1897.
(2) Lehr, *Droit civil espagnol*, II, p. 330.

Digitized by Google

iussore (1). E tale inconveniente è aggravato dal fatto che tale condizione è richiesta sia in materia commerciale che civile, e sia per i debiti tenui come per gli ordinari essendo che la legge non fa alcuna distinzione (2).

Il sistema dei citati Codici olandese, del Basso-Canadà e germanico è più conforme alle odierne condizioni sociali. poichè si limita ad esigere il domicilio del fideiussore nel territorio dello Stato o del paese; ma neppure tale sistema è perfetto. Esso esclude dal prestar garanzia gli stranieri non domiciliati nello Stato, mentre la natura delle contrattazioni odierne, nelle quali hanno parte frequentemente anche gli stranieri, sospinge i legislatori all'abolizione di ogni vincolo di domicilio reale, e a tutelare in pari tempo gli interessi del creditore con l'imposizione, fatta per legge, della giurisdizione del giudice del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione garantita.

399. — c) *Domicilio elettivo*. — Comunque, l'istituto del domicilio *elettivo,* consentito sia dalla legislazione italiana come dalla francese (ed espressamente consentito per le citate legislazioni) permette al debitore di sfuggire al soverchio rigore della legge. Non è infatti necessario che il fideiussore abbia il domicilio *reale* nella giurisdizione della Corte d'appello in cui si deve prestare la garanzia; ma è sufficiente, per i Codici ital. e franc., che il fideiussore elegga un domicilio nella detta giurisdizione poichè la legge è osservata anche in tal modo (3).

400. — Supposto che il fideiussore il quale, all'epoca in cui la garanzia fu prestata, era domiciliato nella giurisdizione della Corte d'appello, cambi domicilio, possono verificarsi questi due casi:

O il fideiussore elegge domicilio nella giurisdizione che abbandona, ed allora il creditore non può fare eccezioni.

(1) Vedi pure in questo senso Guillouard, n. 104, p. 116.

(2) Vedi *ultra*.

(3) Duranton, XVIII, n. 325; Ponsot, n. 163; Troplong, n. 199; Pont, II, n. 132; Guillouard, n. 105, p. 116-117; Corsi, cap. IV, § 6, p. 88. — Il Baudry-Lacantinerie e il Wahl, n. 973, p. 477, affermano invece che questa opinione non è molto sicura di fronte ai termini della legge, e che il domicilio elettivo non produce tutti gli effetti del domicilio reale.

Digitized by Google

poichè, come si disse, il domicilio *elettivo* tutela gli interessi del creditore come il domicilio *reale*;

Oppure il fideiussore non elegge tale domicilio, ed allora, mancando uno dei requisiti voluti dalla legge per la idoneità del fideiussore, il creditore ha diritto di ricevere dal debitore un altro garante.

Quest'ultima soluzione è combattuta da Ponsot (1) e Troplong (2) i quali la ammettono, per eccezione, soltanto nel caso in cui l'abbandono del domicilio equivalga per il creditore ad un caso di insolvibilità propriamente detta, come ad es. se il fideiussore pigliasse la fuga per causa di procedimenti giudiziari, o per motivi politici (3). Perocchè allorquando il debitore ha fornito un fideiussore domiciliato nella giurisdizione voluta dalla legge, egli è *liberato* sotto tale aspetto, ossia « il ne doit plus rien » (4).

Questa opinione si fonda sopra un falso concetto della *insolvenza* di cui parla l'art. 2020 Cod. franc. (Cod. italiano, art. 1906). Come si disse, la legge autorizza il creditore a esigere un nuovo fideiussore non solo nel caso in cui il primo fideiussore sia caduto nello stato di insolvibilità propriamente detta, ma altresì nel caso in cui nel primo fideiussore vengano a mancare altre condizioni che il fideiussore deve riunire in sè. E fra queste condizioni v'è il domicilio nella giurisdizione indicata dalla legge stessa; onde se il fideiussore cambia questo domicilio senza eleggerne uno nella stessa giurisdizione, la legge cessa di essere rispettata ed il creditore ha diritto di esigere la sostituzione del fideiussore. Se fosse esatto il dire che il debitore è *liberato* allorchè ha fornito un fideiussore avente i requisiti prescritti, converrebbe pure ammettere che il debitore non è responsabile della insolvibilità propriamente detta, sopravvenuta al fideiussore, mentre è indubitato che in tal caso il fideiussore va sostituito (5).

(1) Ponsot, N. 165.

(2) Troplong, N. 200.

(3) Troplong, *loc. cit.*

(4) Ponsot, *loc. cit.*

(5) Guillouard, n. 106, p. 117-118; Baudry-Lacantinerie et Vahl, n. 974, p. 478; Laurent, n. 198; Aubry et Rau, IV, § 425, p. 679; Duranton, n. 325; Corsi, cap. IV, § 6, p. 88.

Digitized by Google

401. — d) *Il luogo dove va prestata la fideiussione.* — Poiche la legge vuole che il fideiussore abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte d'appello *in cui si deve prestare la sicurtà*, bisogna ricercare in quale giurisdizione il fideiussore debba essere domiciliato quando la fideiussione è stata convenuta senza indicazione del luogo di tale domicilio, ossia è necessario stabilire se il fideiussore debba essere domiciliato nella giurisdizione della Corte d'appello in cui ha domicilio il creditore, ovvero nella giurisdizione della Corte in cui è domiciliato il debitore.

Esamineremo la questione, dapprima in riguardo alla fideiussione convenzionale; poscia in rapporto alla fideiussione legale e giudiziaria.

402. — Il Ponsot (1), il Pont (2), il Baudry-Lacantinerie e il Wahl (3), il Ricci (4), il Mirabelli (5), opinano che il fideiussore debba essere domiciliato nella giurisdizione della Corte d'appello in cui ha domicilio il *debitore*.

I quattro primi fautori di questa massima si fondano principalmente sull'art. 1247 del Cod. francese, corrispondente all'art. 1249 del Cod. italiano, per il quale, se il luogo del pagamento non sia fissato per convenzione, il pagamento stesso deve farsi al domicilio del debitore.

Il Ricci (6) afferma che l'art. 1904 Cod. it., non è scritto nell'intento di accordar favori al creditore, bensì nell'altro di regolare l'adempimento d'una obbligazione in modo corrispondente allo scopo per il quale essa è stata assunta o è stata imposta; dunque se la legge tace circa il luogo in cui la sicurtà deve prestarsi, non è il caso di ritenere che questo luogo debba esser quello che più fa comodo al creditore, avendo avuto il legislatore l'intenzione di favorirlo. Il debitore che presenta un fideiussore non fa che adempiere un'obbligazione da esso assunta; e se non si è determinato il luogo in cui la fideiussione deve prestarsi, il creditore può

(1) N. 159.
(2) II, n. 131.
(3) *Op. cit.*, n. 972, p. 477.
(4) N. 332.
(5) N. 15, p. 412-413.
(6) *Loc. cit.*

Digitized by Google

esigerne l'esecuzione soltanto al domicilio del debitore, perchè è questo il domicilio in cui si eseguisce il pagamento ove il contratto non abbia fissato un luogo diverso. Nè è supponibile che la legge abbia voluto, in mancanza di designazione di luogo, imporre al debitore l'obbligo di dare un fideiussore domiciliato nella giurisdizione della Corte d'appello in cui ha domicilio il creditore, perchè il debitore può non avere alcuna conoscenza in questo luogo, ed in questo caso sarebbe posto nell'impossibilità di soddisfare la sua obbligazione.

Fu anche detto che tale soluzione è conforme allo spirito della legge. Perocchè lo scopo della fideiussione è di dare al creditore gli stessi vantaggi dei quali godrebbe se avesse un debitore solvibile, aggiungendo alle garanzie che il debitore può offrire quelle che presenta il fideiussore; e si pone appunto il debitore in tale posizione se gli si dà un fideiussore domiciliato nello stesso luogo del debitore principale. Oltrepassare questo limite per dare al creditore un fideiussore domiciliato nella giurisdizione in cui si trova il di lui domicilio, significa accordargli più di quanto la legge ha voluto concedergli (1).

Da ultimo fu osservato che la detta interpretazione applica rettamente il principio per il quale, nel dubbio, il contratto s'interpreta contro chi ha stipulato e in favore di colui che ha assunta l'obbligazione (art. 1137 Cod. civ. it.); il che vale per la fideiussione convenzionale; mentre nella fideiussione legale bisogna facilitare al debitore l'esecuzione d'un *obbligo* cui è sottoposto non per propria volontà, ma per opera della legge. Altrimenti il legislatore avrebbe scritto invano l'art. 1137 (2).

Il Mirabelli (3) così argomenta: « Il primo obbligato è il debitore. Il fideiussore obbligato in sussidio deve avere lo stesso domicilio del debitore principale. E con ciò s'intende che il fideiussore deve avere il domicilio nella stessa giurisdizione della Corte d'Appello nel cui àmbito è il luogo dove dev'essere citato il debitore principale. Non regge la

(1) Ponsot e Pont, *loc. cit.* Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*
(2) Galdi, n. 65, p. 70.
(3) *Loc. cit.*

Digitized by Google

affermazione che la fideiussione essendo convenuta nell'interesse del creditore si debba aver riguardo al domicilio di lui. Perocchè, se egli s'è accontentato del luogo di esecuzione per l'obbligazione principale, non può richiedere un luogo a lui più comodo per l'adempimento di una obbligazione sussidiaria ».

403. — Certo è che la legge non poteva essere, a questo riguardo, più oscura. Ma noi crediamo che per lo spirito della disposizione in esame, il fideiussore debba essere domiciliato nella giurisdizione in cui ha domicilio il *creditore*, anzichè in quella dove è domiciliato il debitore.

È questa l'opinione degli scrittori più autorevoli di diritto comune seguiti da Pothier (1) e, fra i moderni, da Troplong (2), Laurent (3), Guillouard (4), Corsi (5).

Il requisito del domicilio è voluto dalla legge, alla pari degli altri requisiti che deve riunire in sè il fideiussore, nell'interesse del *creditore*, essendochè la facilità di agire contro un debitore fa parte della sua solvibilità, come è detto anche nei lavori preparatorî del Codice francese.

È specioso l'argomento addotto dal Ricci per dimostrare che l'art. 1904 non è scritto nell'intento di accordar favori al creditore: il legislatore regolando l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria in modo corrispondente allo scopo per il quale fu dal fideiussore assunta, favorisce appunto il creditore, perocchè tutti i requisiti che il fideiussore deve riunire a termini degli art. 1904 e 1905 rappresentano altrettante garanzie per il creditore medesimo, mentre per il debitore costituiscono un gravame.

Quando è che la fideiussione risponde al suo scopo? Quando il fideiussore offerto costituisce per le sue qualità una garanzia seria ed efficace. A ottenere questo intento mirano le disposizioni dalla legge sancite riguardo alle qualità che il fideiussore deve avere: capacità di disporre; beni sufficienti e idonei a cautelare l'obbligazione; domicilio nella giurisdizione della

(1) N. 391. Aggiungasi Basnage, ivi citato.
(2) N. 193.
(3) N. 193.
(4) N. 108, p. 119-120.
(5) Cap. IV, § 6, p. 86-87.

Digitized by Google

Corte d'appello in cui si deve prestare la sicurtà. Il voto della legge non è adunque soddisfatto se il fideiussore ha domicilio nella giurisdizione della Corte dove è domiciliato il debitore. Se fosse vero che la legge allude a questo domicilio, essa sarebbe favorevole più al debitore che al creditore, mentre è chiaro che essa ha inteso di favorire il creditore. Adunque non regge neppure l'obbiezione che, col principio propugnato si conceda al creditore più di quanto la legge ha voluto accordargli.

La pretesa analogia con l'art. 1249 Cod. it. non sussiste, perocchè mentre il principio posto in quell'articolo relativamente al luogo del pagamento è scritto per favorire il debitore, la disposizione di cui ci occupiamo mira, come s'è detto, a favorire il creditore.

È poi vano l'opporre che in tal guisa il debitore si troverà in dura condizione, poichè in primo luogo l'essere tale condizione imbarazzante e gravosa non è argomento valido ad escluderla, quando il debitore volontariamente si è obbligato a fornire un fideiussore, onde se non trova fideiussori sul luogo, *sibi imputare debet*. In secondo luogo si può osservare che all'inconveniente lamentato si può rimediare con l'*elezione di domicilio* fatta dal fideiussore nella giurisdizione voluta (1).

Per tutte le esposte ragioni è pure infondata l'obbiezione del Mirabelli (2), che il fideiussore essendo obbligato *in subsidium* debba avere lo stesso domicilio del debitore principale, ossia nella stessa giurisdizione di quest'ultimo. In massima noi non crediamo che la qualità dell'obbligazione fideiussoria, che consiste nell'essere *sussidiaria*, esiga, come conseguenza necessaria, che il fideiussore abbia il domicilio stesso del debitore principale. Ammesso ciò, per essere logici, bisognerebbe ritenere che il fideiussore deve avere non soltanto il domicilio situato nella stessa giurisdizione di quello del debitore, ma nello stesso Comune in cui è domiciliato quest'ultimo. Il che non è richiesto nemmeno dagli avversari della nostra soluzione. Nulla importa adunque se il creditore

(1) Vedi *retro*.
(2) *Loc. cit.*

Digitized by Google

s'è accontentato di un determinato luogo per l'esecuzione dell'obbligazione principale, sia perchè il luogo di esecuzione dell'obbligazione accessoria può essere diverso da quello dell'obbligazione principale, senza che la obbligazione accessoria perda questa sua qualità; sia ancora perchè non è il creditore quello che richiede un luogo diverso per l'adempimento della fideiussione, ma è la legge che, supplendo al silenzio delle parti, designa, nel suo spirito, il domicilio del creditore.

Quanto al principio scritto nell'art. 1137 Cod. civ. it., osserviamo che esso è applicabile allorquando, nel dubbio che nasce dal contratto circa una data condizione, la legge non supplisca a tale dubbio con una espressa disposizione, mentre nel caso in esame la legge provvedendo ove il contratto sia dubbio, dà una disposizione intesa, come le altre relative ai requisiti del fideiussore, a favorire non già chi ha contratto, ma chi ha stipulato l'obbligazione. L'articolo 1137 stabilisce adunque un principio generale applicabile a tutti i casi nei quali la legge non provvede al dubbio sorgente dal contratto, ma non al caso in discorso, in cui essa stessa risolve il dubbio contro il debitore.

Non vogliamo poi da ultimo tacere che, di fronte alla deplorevole oscurità della legge francese e italiana, ha grande valore il fatto che la soluzione ora propugnata è insegnata da Pothier (1), il quale assai frequentemente ha servito di guida al legislatore francese in questa materia della fideiussione (2).

404. — Se l'obbligazione principale fu contratta in luogo diverso dal domicilio del creditore, questo stesso luogo decide, secondo il Troplong (3), del domicilio del fideiussore, perchè si può « facilmente supporre che il creditore ha consentito a stipulare, in questo medesimo luogo, l'atto di ricevimento del fideiussore promesso ».

Noi respingiamo questa soluzione, che Troplong desume dagli scrittori di diritto comune. Il luogo in cui fu assunta l'obbligazione principale non può influire sul domi-

(1) *Loc. cit.*
(2) Questa osservazione è del Guillouard, *loc. cit.*
(3) Troplong, N. 194.

Digitized by Google

cilio che il fideiussore deve avere a norma di legge, tranne un patto contrario ed espresso. Non si può infatti presumere, senza alcun fondamento, un tacito consenso del creditore ad accettare un fideiussore domiciliato nel luogo del contratto; ed anzi è logico presumere che, nel silenzio osservato a tale riguardo, il creditore e il debitore abbiano voluto rimettersi alla legge.

405. — Esaminiamo ora la questione del domicilio in riguardo alla fideiussione legale e giudiziaria.

Pothier (1) scrive doversi avere indulgenza maggiore verso coloro che dalla legge o dal giudice vengono obbligati a dar sicurtà, di quello che si debba avere verso coloro i quali volontariamente hanno promesso di darla. Questi ultimi non devono essere ammessi ad allegare che non possono trovare fideiussori sul luogo, perciocchè essendosi volontariamente assoggettati a prestarli, devono ciò imputare a loro stessi; laddove si devono ammettere facilmente gli altri a dare per sicurtà persone del proprio paese, quando non possono trovarne nel luogo dove la sicurtà dev'essere prestata.

Questa teoria è seguita dal Troplong (2) per la ragione che non vi ha patto nel caso in esame, da cui si possa inferire virtualmente o in qualunque altro modo, che il luogo in cui deve presentarsi il fideiussore è necessariamente il domicilio del creditore.

La dottrina di Pothier e Troplong non è, a nostro avviso, accettabile (3). La fideiussione non cambia natura per essere legale o giudiziaria piuttosto che convenzionale perocchè essa deve consistere sempre in una garanzia seria ed efficace che il debitore deve al creditore. Non si comprende pertanto per quale ragione si debbano annettere ad una obbligazione nascente dalla legge o dall'ordine del magistrato obblighi minori per quanto concerne il domicilio del fideiussore.

L'argomento addotto da Troplong prova troppo poichè se fosse esatto, dovrebbe valere anche per la fideiussione

(1) Pothier, N. 391.

(2) Troplong, N. 195.

(3) È questo altresì l'avviso del Guillouard, n. 108, p. 120, il quale però si limita ad osservare che la legge francese non distingue, all'art. 2018, fra la fideiussione legale o giudiziale e la fideiussione convenzionale.

Digitized by Google

convenzionale nella quale può verificarsi altresì il caso in cui non si possa inferire che il domicilio del fideiussore debba essere necessariamente quello del creditore; e tuttavia si ammette per tale fideiussione che, nel silenzio delle parti, il domicilio debba essere quello del creditore stesso.

La teoria avversaria è poi anche contraria al testo della legge. Dichiara l'art. 1921 del Codice italiano che allorquando la fideiussione è legale o giudiziale, il fideiussore offerto deve soddisfare alle condizioni stabilite dagli articoli 1904 e 1905. Tra gli obblighi imposti al debitore dall'art. 1904 è quello di presentare persona domiciliata nella giurisdizione della Corte in cui ha domicilio il creditore. È perciò evidente che anche il fideiussore legale o giudiziario deve soddisfare a tale requisito.

406. — Il principio ora stabilito soffre eccezione nel caso in cui la forza delle circostanze renda impossibile il determinare quale luogo debba considerarsi come domicilio del creditore. Non tutti i principî giuridici, infatti, sono *assoluti*: vi sono nell'ordine giuridico, così come nell'ordine fisico, confini non oltrepassabili.

Ecco due applicazioni:

Suppongasi una eredità accettata col beneficio dell'inventario. È noto che ove lo richiedano i creditori od altri aventi interesse, l'erede deve dare idonee cautele (ad esempio un fideiussore) per il valore dei beni mobili compresi nell'inventario, per i frutti degli immobili e per il prezzo dei medesimi che potesse sopravanzare al pagamento dei creditori ipotecari (Cod. it., art. 975). Se v'è un unico creditore, l'erede che offra un fideiussore dovrà presentare persona domiciliata nella giurisdizione del creditore, non essendovi in questo caso alcuna ragione per derogare al principio sopra stabilito. Ma se i creditori sono parecchi e aventi ciascuno un domicilio diverso, è evidente che non si potrebbe determinare quale luogo debba considerarsi come *domicilio del creditore*. Per tali ragioni ci sembra che si debba ammettere il debitore a presentare un fideiussore domiciliato nella giurisdizione della Corte in cui si è aperta la successione; luogo dove si trova il centro degli interessi ereditari, e che determina anche la competenza dell'autorità giudiziaria per le

Digitized by Google

questioni relative all'eredità (Codice procedura civile italiano, art. 94) (1).

Questo medesimo principio vale altresì per il caso del legatario d'un usufrutto che, a termini dell'art. 497 Codice civile italiano debba dar cauzione (2).

III. — Esclusione dei requisiti non contemplati dalla legge.

SOMMARIO: 407. Esclusione dei requisiti non contemplati dalla legge. — 408. L'arresto personale. — 409. Il carattere litigioso del fideiussore. — 410. Nazionalità straniera del fideiussore.

407. — Poichè i requisiti costituenti la capacità speciale del fideiussore sono determinati dalla legge in modo tassativo, il creditore non può esigerne altri.

408. — Così non può esigere che il fideiussore sia persona suscettiva di arresto personale.

Il Codice francese (art. 2040 e 2060, n. 5) seguìto dal Codice sardo (art. 2079), disponeva che allorquando si trattava di una fideiussione giudiziale, il fideiussore doveva esser suscettivo di arresto personale.

Ma questa disposizione fu resa vana dalla legge 22 luglio 1867 che soppresse l'arresto personale in materia civile e commerciale (3).

Il Codice italiano non riprodusse nell'art. 1921 la citata disposizione del Codice napoleonico; ma si limitò ad esigere, come vedremo (4), che il fideiussore giudiziario debba soddisfare alle condizioni stabilite nei riferiti art. 1904 e 1905. La quale limitazione va interpretata nel senso che i fideiussori, in Italia, sono esenti dall'arresto personale anche nei pochi casi nei quali questo mezzo di coazione fu conservato (5).

Anche in materia penale il fideiussore giudiziario il quale, a termini degli art. 217-219 del Codice di procedura penale,

(1) Confr. TROPLONG, n. 197; CORSI, cap. IV, § 6, p. 87-88.

(2) *Idem*.

(3) GUILLOUARD, n. 109, p. 120; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 990, pag. 484.

(4) Vedi *ultra*.

(5) CORSI, cap. I, § 4, p. 15.

Digitized by Google

abbia dichiarato di obbligarsi a presentare l' imputato che ha domandato la libertà provvisoria, e, in difetto, a pagare la cauzione, va immune dall'arresto personale per l'inadempimento dell'obbligo assunto dall' imputato di presentarsi a termini dell'art. 205 del citato Codice (1).

409. — Il fideiussore che sia legalmente idoneo può essere ricusato nel caso in cui il suo carattere personale, litigioso e turbolento, destasse inquietudini nel creditore?

Esclusioni degli avvocati e procuratori dal prestar fideiussione per il Comune o per un ufficiale pubblico si trovavano in alcuni Statuti (2).

E l'affermativa fu sostenuta, nel diritto comune, da alcuni interpreti i quali crearono inoltre delle categorie di persone ricusabili « utputa in homine cavilloso, litigioso vel rixoso, ut sunt procuratores et notarii » (3).

Il Troplong (4), pur respingendo tali qualificazioni ingiuriose dirette ai procuratori e ai notai, pensa che se i difetti di carattere, di cui si parla, fossero spinti ad un certo eccesso e fossero notori, « potrebbero i tribunali tener conto del rifiuto del creditore di trovarsi in contatto con queste persone ».

Ma anche qui il culto dell'antica giurisprudenza ha fatto velo alla mente dello scrittore. L'opinione del quale non ha alcun fondamento nella legge: questa determina *tassativamente* i requisiti che devono esser riuniti nel fideiussore, e fra essi non contempla affatto il carattere litigioso. La legge vuole che il fideiussore sia: 1° capace; 2° realmente solvibile; 3° domiciliato, come dicemmo, nella giurisdizione della Corte d'appello in cui si deve prestare la sicurtà. Null'altro esige la legge, e null'altro, per conseguenza, può esigere il creditore. Può essere spiacevole e incomodo l' aver che fare con un fideiussore rissoso; ma la legge non provvede a questo caso.

E poi fu giustamente osservato che, ammesso il principio degli antichi giureconsulti, bisognerebbe, logicamente, accet-

(1) Corsi, *loc. cit.*
(2) Vedi *retro*, n. 339.
(3) Marsili, n. 257. Vedi anche Hering, cap. 7, n. 590.
(4) N. 188.

Digitized by Google

tarne le conseguenze. Se il fideiussore, pertanto, può essere ricusato perchè ha un carattere litigioso, non v'è ragione per non riconoscere ad es. il diritto di rifiutarne un altro la cui vita sia vergognosa, e col quale sia disonorevole l'aver rapporti. Ed allora i casi di rifiuto potrebbero moltiplicarsi (1).

410. — Per le esposte ragioni il creditore non può rifiutare un fideiussore perchè questi è di nazionalità straniera (2).

Il creditore, da ultimo, non può rifiutare una fideiussione prestata da una persona giuridica, quale una società commerciale, essendo anche le persone giuridiche capaci di prestar garanzia nei limiti dei loro statuti (3).

IV. — Divieto di ricusare un fideiussore già accettato.

SOMMARIO: 411. Se il creditore possa rifiutare un garante già accettato.

411. — Allorchè il creditore ha accettato dal debitore un fideiussore che non riunisce in sè le condizioni tutte volute dagli art. 1904-1905 Cod. it. potrà ricusarlo in seguito ed esigerne un altro?

Gli scrittori di diritto comune insegnano la negativa. Così scrive HERING (4): « Creditor in dubio praesumitur scivisse fidejussoris qualitatem cum eum acciperet; quare etiam optimo jure somnolentiae suae fert poenam, non minus ac is qui ab initio vitiosas aedes conduxit ».

La dottrina moderna accetta questa decisione: il creditore con la fatta accettazione ha sanato i difetti che il fideiussore presenta (5).

Ed anche se il creditore ignorava l'inidoneità del fideiussore già esistente nel momento in cui lo accettava, non può tuttavia esigere la sostituzione del fideiussore di cui parla

(1) PONT, II, n. 116; GUILLOUARD, n. 94; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 989, p. 484.

(2) Trib. comm. Seine, 24 octobre 1895 (*Gazette du Palais*, 1895, 2, 662); BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *loc. cit.*

(3) Vedi *retro*.

(4) Cap. VIII, n. 17. Confr. MARSILI, n. 66.

(5) TROPLONG, n. 201; GUILLOUARD, n. 85, p. 98; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 971, p. 476.

Digitized by Google

l'art. 1906 Cod. it., perocchè egli è vincolato dalla propria accettazione e prima di accettare poteva e doveva informarsi.

V'è poi in questo caso un altro argomento che risulta dal testo del citato art. 1906 Cod. it. il quale parla del fideiussore *divenuto in appresso* non solvente mentre, nel caso in esame, si tratterebbe di sostituire un fideiussore che era *già insolvente* all'epoca dell'accettazione (1).

Il BAUDRY-LACANTINERIE e il WAHL (2) obbiettano che i motivi della citata disposizione comandano di estendere la sua applicazione; ma noi crediamo antigiuridica questa interpretazione estensiva, che contrasta palesemente con la volontà del legislatore chiaramente manifestata dalle riferite espressioni. Obbiettano inoltre i citati autori, che se è vero che il creditore ha accettato il fideiussore, è pur vero che egli ha « egualmente accettato il fideiussore, la cui insolvibilità è posteriore al giorno in cui l'ha ricevuto ». Questo argomento si riduce però ad un sofisma, perocchè mentre nell' ultima ipotesi il creditore non è responsabile certamente della insolvibilità del fideiussore sopraggiunta *dopo la sua accettazione*, perchè non era tenuto a prevederla, nel caso in esame egli deve al contrario incolpare sè stesso dell' avere accettato per fideiussore una persona di cui doveva prima accertare l'insolvibilità.

V. — La prova dei requisiti del fideiussore.

SOMMARIO: 412. A chi incombe l'onere di provare l'esistenza dei requisiti del fideiussore.

412. — Ove sorga controversia circa la esistenza dei requisiti prescritti per l'idoneità del fideiussore convenzionale, legale o giudiziario, a chi incombe l'onere della prova?

Nell'antico diritto francese si riteneva che questo onere, relativamente alla solvibilità, incombesse al fideiussore. Ecco come si esprime POTHIER (3): « Quando il creditore a cui il

(1) GUILLOUARD, n. 97, p. 111; PONT, II, n. 135. Confr. DOMAT, *Les lois civiles*, liv. III, sect. I, n. 15.

(2) *Op. cit.*, n. 984, p. 482-483.

(3) N. 391.

Digitized by Google

fideiussore viene presentato contrasta intorno alla di lui solvibilità, il fideiussore deve giustificarla col presentare i titoli dei beni immobili che egli possiede; altrimenti il fideiussore dev'essere rifiutato ».

Questa dottrina non è oggidì accettabile, nè per quanto concerne la solvibilità, nè per quanto riguarda gli altri requisiti. Il fideiussore è estraneo alla controversia sulla propria idoneità: questa riguarda esclusivamente il debitore che fa l'offerta del fideiussore e il creditore cui è diretta tale offerta, ed è soltanto fra queste due persone che va determinato l'onere della prova (1).

Ciò posto, la controversia va risolta in base al noto principio per il quale l'attore deve provare il fondamento della sua azione, e il convenuto quello della sua eccezione (2).

Pertanto se il creditore fa citare il debitore, per sentir dichiarare che l'offerto fideiussore non è idoneo, ad es. perchè i beni da lui posseduti sono insufficienti, incombe al creditore l'obbligo di provare questa inidoneità, poichè è questa circostanza, da lui allegata, il fondamento della sua azione « onus probandi ei incumbit qui dicit ». Onde l'onere di tale prova è per il creditore che invoca la sentenza una necessità di fatto (3).

Ma se il debitore allega un fatto nuovo, ad es. se eccepisce che, posteriormente alla sentenza con la quale egli veniva obbligato a dare la sicurtà, egli concluse col creditore una convenzione che lo autorizzava a presentare un fideiussore avente soltanto dei beni mobili, anzichè un fideiussore avente beni capaci d'ipoteca a termini dell'art. 1905 Cod. it., in tale ipotesi l'onere di provare questo fatto incombe allo stesso debitore, essendo qui applicabile la regola « reus in excipiendo fit actor ».

(1) Paris, 15 avril 1820 (*Sirey*, C. N. VI, II, 245) — Pont, II, n. 128; Ponsot, n. 143-144; Guillouard, n. 93, p. 106; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 981, p. 481.

(2) Lessona, *Teoria delle prove*, vol. I, n. 103, p. 95, Firenze, 1895.

(3) Confr. Guillouard, n. 93, p. 106; Baudry-Lacantinerie et Vahl, n. 980, p. 481 — Riom, 11 juin 1892 (*Gazette du Palais*, 1892, II, 39). In senso diverso: Laurent, n. 194. Confr. Cod. civ. Messicano, art. 1834 « El deudor justificará la idoneidad del fiador á satisfaccion del acreedor ».

Digitized by Google

Esattamente insegna il FITTING (1) che davanti al giudice il quale applica tutti e soli quei principii di cui gli vengono somministrati i necessari presupposti di fatto, chi pretende un diritto ha soltanto l'obbligo di allegare e provare i fatti che lo producono, mentre gli ulteriori fatti che dànno luogo ai principii di controazione o di eccezione devono provarsi dall'avversario.

Ricordiamo poi, con la Cassazione di Torino (2), col DEMOLOMBE (3) e col LESSONA (4), che la qualità di attore o di convenuto determinata al principio della lite non resta indistruttibile durante il corso del giudizio. Dato un giudizio, il peso della prova si alterna fra le parti a misura che vanno affermando un fatto nuovo; sicchè non importa il vedere se si tratti dell'attore o del convenuto; rileva invece il considerare chi allega il fatto nuovo. E se giuridicamente considerato è fatto nuovo quello contrario alla posizione attualmente acquistata dall'avversario, l'onere della prova incombe a chi vuole escludere il diritto risultante da questa posizione.

SEZIONE II.

Capacità di ricevere una fideiussione.

§ 1.

Capacità delle persone fisiche.

SOMMARIO: 413. Principio direttivo.

413. — A completare la trattazione della *capacità delle parti* occorre esaminare, da ultimo, la capacità delle persone fisiche a *ricevere* una fideiussione; la quale capacità è governata diversamente a seconda che si tratti di fideiussione gratuita o di fideiussione onerosa.

Se la fideiussione è assunta dal fideiussore gratuitamente, la capacità del creditore che deve ricevere la fideiussione è

(1) In LESSONA, *op. cit.*, n. 99, p. 90.
(2) Cass. Torino, 17 maggio 1881 (*Mon. trib.*, 1881, p. 1068).
(3) Vol. XXIX, n. 188.
(4) *Op. cit.*, n. 118, p. 107-108.

Digitized by Google

sottoposta alle regole relative alla capacità ordinaria di contrattare, non essendo in tal caso la fideiussione un contratto col quale il ricevente disponga del suo; laddove è, come vedemmo (1), un atto di disposizione per il fideiussore.

Se, al contrario, la fideiussione è assunta dal fideiussore mediante un compenso, la capacità dell'*accipiens* va governata con le norme relative alla capacità di disporre, perocchè, obbligandosi il ricevente a dare un compenso al fideiussore, egli dispone del suo.

Valendo pertanto, e nell'una e nell'altra ipotesi, le norme ordinarie del diritto delle obbligazioni, non occorre un esame dei singoli casi di capacità o incapacità delle persone fisiche.

È necessario invece dare schiarimenti sulla capacità a ricevere fideiussione delle persone giuridiche.

§ 2.

Capacità delle persone giuridiche.

SOMMARIO: 414. Premessa. — 415. Capacità di ricevere una fideiussione. — 416. Capacità del Fisco. — 417. Capacità dello Stato. — 418. Capacità del Comune. — 419. Le fideiussioni che devono fornire i contraenti con l'amministrazione dello Stato. — 420. *L'approbatore.*

414. — I trattatisti della fideiussione non si occupano della capacità delle persone giuridiche a ricevere malleveria. Eppure questo esame fa parte sostanziale del nostro studio, in quanto occorre determinare se la fideiussione sia un contratto che può stipularsi soltanto fra persone fisiche, oppure anche con persone giuridiche, quali lo Stato e il Comune, e, in questo ultimo caso, se valgono interamente le norme poste dal diritto civile, ovvero se sianvi norme speciali.

Premettiamo che è nostra intenzione di trattare questo argomento soltanto per ciò che interessa la fideiussione, lasciando il restante alla dottrina generale delle persone giuridiche.

415. — Le persone giuridiche hanno, in massima, la capacità di ricevere una fideiussione. E questa loro capacità

(1) Vedi *retro.*

Digitized by Google

è un corollario della capacità generale di cui sono fornite, a concludere, con le autorizzazioni richieste dal loro regime amministrativo, tutti i contratti compatibili con la natura di un ente morale (1).

416. — Così il Fisco che nel diritto romano godeva, oltre a privilegi e ipoteche, speciali garanzie fideiussorie, gode nel diritto moderno altre garanzie non soltanto reali, ma altresì fideiussorie; e non soltanto per i crediti patrimoniali, ma anche per i tributi.

417. — Lo Stato ha capacità di ricevere fideiussioni sia che a procurarsele venga obbligato dalla legge di contabilità (fideiussione legale), sia che ad assicurarsele non venga costretto da tale legge (fideiussione contrattuale). E queste fideiussioni hanno, in diritto odierno, i medesimi effetti che avrebbero qualora fossero costituite a riguardo dei privati; perocchè, come nelle modalità, nelle cause d'estinzione e nelle prove, così anche negli effetti, le obbligazioni delle persone giuridiche seguono, in massima, le regole comuni compatibili col sistema di rappresentanza mediante il quale contrattano (2).

418. — Anche il Comune ha la capacità di ricevere fideiussioni, come ha quella di godere altre garanzie, ad es. i pegni. E la fideiussione ricevuta dal Comune segue, essa pure, le norme comuni di diritto, anche se venga applicata ai contratti di esattoria, o ad altri contratti conclusi dal Comune stesso per l'adempimento di servizi pubblici (3).

419. - Esigono un cenno speciale le fideiussioni che, in pochi casi tassativamente determinati, devono fornire i contraenti con l'amministrazione dello Stato.

È noto che nell'interesse dello Stato, il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, 4 maggio 1885, n. 3074, serie 3ª, esige, all'art. 60, che, secondo la qualità e l'importanza dei con-

(1) Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1889, vol. I, n. 122 e 119. Facciamo tesoro degli insegnamenti di questo autore il quale, com'è noto, è il più competente in materia.

(2) Giorgi, *op. cit.*, vol. III (Firenze, 1892), n. 61, p. 112-113 e vol. I, n. 119, p. 277.

(3) Id., vol. IV, n. 202, p. 396, Firenze, 1894.

Digitized by Google

tratti, i contraenti obbligazioni verso lo Stato debbano prestare valide garanzie; tranne le esenzioni da tale obbligo che l'amministrazione ha facoltà di accordare, in casi speciali, quando si tratti di forniture o lavori da eseguirsi da persone o ditte di notoria solidità, o delle provviste di cui ai numeri 3 e 4 dell'art. 39 Regol. cit.

Le cauzioni che il Regolamento richiede sono, per regola, pignoratizie, dovendo i contraenti obbligazioni verso lo Stato prestare « reale e valida cauzione in numerario od in rendita del debito pubblico al valore di borsa » (articolo 60, 1ª parte). Ed è evidente che non si tratta, in questo caso, di fideiussione non essendovi l'intervento di un terzo che si obblighi *personalmente*, bensì si tratta di una garanzia *reale* data dal contraente o da un terzo.

Altrettanto si dica per la cauzione « in beni stabili di prima ipoteca » che, sotto l'osservanza di determinate condizioni, può essere accettata « in casi speciali e per contratti a lunga scadenza » (art. 60, capov. 2°).

La fideiussione propriamente detta è ammessa in pochi casi tassativamente determinati, essendo preferita la cauzione pignoratizia per la maggior sicurtà che essa presenta (1).

Questi casi nei quali la pubblica amministrazione può, a termini del citato art. 60, capov. 1°, accettare « una cauzione personale con approbatore », ossia una fideiussione, si verificano: 1° per i contraenti ai quali non siano fornite cose di ragione dello Stato; 2° per i contratti d'affitto dei fondi rustici, quando venga anticipato un semestre di fitto; 3° per il taglio dei boschi cedui, quando venga pagato per intiero anticipatamente il prezzo pattuito; 4° per le forniture e i lavori da compiersi in meno di tre mesi e per somma non eccedente L. 4000, con la condizione di fare, a garanzia dell'amministrazione, sui primi acconti dell'opera o fornitura eseguita, un rilascio fino alla concorrenza del sesto del prezzo totale; 5° per gli accolli relativi alle corrispondenze e ai pacchi postali, la cui durata non sia maggiore di tre anni, la retribuzione annua non superi L. 400 ed i pagamenti siano fatti a rate trimestrali posticipate.

(1) Vedi *retro*.

Digitized by Google

La fideiussione è consentita inoltre (art. 62 Regol. cit.) per le locazioni dei beni urbani, le quali devono essere garantite nei modi stabiliti dalle consuetudini locali; ma ove queste manchino si deve esigere una cauzione personale, ossia fideiussione; e se si reputi insufficiente la garanzia consuetudinaria, deve a questa aggiungersi la cauzione personale.

I capitoli d'oneri, oltre alla determinazione della natura e importanza delle guarentigie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti, e per assicurare l'adempimento dei loro impegni, e oltre ad altre indicazioni, devono pure determinare il luogo in cui « l'aggiudicatario, il suo fideiussore, o l'approbatore, garante del fideiussore, dovranno eleggere il domicilio legale ». Ottima disposizione che permette all'amministrazione pubblica una più facile escussione del fideiussore o del suo garante, mediante l'elezione obbligatoria di un domicilio legale.

420. — Questa fideiussione, che i contraenti possono nei casi specificati essere invitati a prestare verso lo Stato, si distingue dalla fideiussione comune, oltre che per l'accennato obbligo del fideiussore di eleggere il domicilio legale nel luogo indicato dai capitoli d'oneri (1), anche per la necessità dell'intervento di un *approbatore* (art. 50, capov. 2°; 60, capov. 1° Regol. cit.), e per la condizione che la validità della fideiussione « dev'essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto del demanio ».

Per *approbatore*, come risulta dal citato capov. 2° del Regolamento, s'intende il « garante del fideiussore », ossia quel fideiussore del fideiussore che ne garantisce la solvenza (2). La questione se l'*approbatore* goda del beneficio di escussione sarà da noi esaminata nella *Parte speciale*, essendo strettamente connessa con la trattazione di tale beneficio.

(1) Vedi il numero precedente.

(2) Giorgi, *op. cit.*, vol. II, n. 198, p. 408 e seg., Firenze, 1891.

Digitized by Google

CAPO III.

VALIDITÀ DEL RAPPORTO PRINCIPALE.

SOMMARIO: 421. Principio direttivo.

421. — Poichè la fideiussione è essenzialmente una obbligazione accessoria e sussidiaria, è indispensabile alla sua validità la esistenza di un'obbligazione principale, valida, di cui essa garantisca l'adempimento. È questa la terza condizione necessaria alla validità della fideiussione. Tale obbligazione principale dev'essere valida; se essa è inesistente o se, essendo annullabile, viene annullata, la fideiussione non può sussistere, perocchè « cum causa principalis non consistit, nec ea quidem quae sequuntur locum habent » (1).

SEZIONE I.

Legislazione.

SOMMARIO: 422. Stato delle legislazioni.

422. — Il principio ora esposto è assiomatico; e, a rigore, non sarebbe necessario di sancirlo espressamente per legge. Nondimeno quasi tutti i legislatori lo hanno proclamato in modo esplicito:

« Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable », dichiarò l'art. 2012 Codice francese.

Ed una disposizione consimile, salve le differenze nei particolari che esamineremo fra poco, si legge in quasi tutte le legislazioni: Cod. italiano (art. 1899); sardo (art. 2045); parmense (art 2042); estense (art. 2026); delle Due Sicilie (art. 1884); *Landrecht* prussiano (§§ 251-254); del Cantone di Vaud (art. 1494); olandese (art. 1858); spagnuolo (art. 1824); portoghese (articolo 822); federale svizzero delle obbligazioni (art. 492); di

(1) L. 178, D. *de reg. jur.*, 50, 17.

Digitized by Google

Haiti (art. 1776); della Luigiana (art. 3005); dell'Uruguay (art. 2066); messicano (arg. art. 1818); argentino (art. 1994).

Sostanzialmente conforme al detto principio è il § 1351 del Codice austriaco: « Gli obblighi che non furono giammai legalmente validi o che sono già estinti non possono assumersi nè assicurarsi ».

E il diritto musulmano (art. 953): « Ogni causa di nullità della obbligazione principale rende nullo il contratto di fideiussione ».

Altrettanto è a dirsi per il Codice del Cantone di Berna, che all'art. 917 dichiarava: « Una fideiussione può esser data per ogni obbligazione lecita e che possa essere valutata in denaro ».

Tacciono il Codice germanico, il Codice svedese e il giapponese. E, per verità, un principio come questo, essendo elementare, non ha bisogno, come si disse, di essere espressamente proclamato.

Sezione II.

Dottrina della validità dell'obbligazione principale.

Sommario: 423. Distinzione tra l'inesistenza e l'annullabilità. — 424. Necessità di tale distinzione.

423. — L'obbligazione cui accede il fideiussore dev'essere *valida*. Bisogna pertanto determinare che debba intendersi per obbligazione valida.

È noto che alla validità delle obbligazioni *contrattuali* occorrono quattro requisiti essenziali: 1° la capacità di contrattare; 2° il consenso valido dei contraenti; 3° un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione; 4° una causa lecita per obbligarsi (Cod. it., art. 1104).

La mancanza di taluno di questi requisiti dà luogo alla *inesistenza* oppure alla *annullabilità* dell'obbligazione. V'è chi adopera espressioni differenti, ad es, *nullità* in luogo di *annullabilità*, o *nullità* in luogo di *inesistenza*. Ma ciò che importa non è l'espressione bensì la distinzione sostanziale fra le due specie di atti.

Digitized by Google

Alla prima specie, diremo col BIANCHI (1), appartengono gli atti privi di qualsiasi effetto giuridico per la mancanza di qualche requisito essenziale alla loro esistenza giuridica. Alla seconda appartengono gli atti i quali, difettando di qualche condizione prescritta dalla legge per la loro perfetta validità, possono, col mezzo delle congrue azioni, esser fatti annullare o rescindere; ma finchè codeste azioni non siano esercitate, e l'annullazione o rescissione non sia stata pronunciata dall'autorità competente, quegli atti continuano a produrre gli effetti giuridici che sono proprii della loro natura, non altrimenti che se fossero pienamente validi.

La diffusa dimostrazione di questi principii non appartiene al trattato della fideiussione, ma a quello delle obbligazioni. A noi è necessario e sufficiente l'accennarli, per poterne inferire la inesistenza o la annullabilità della fideiussione a seconda che essa accede ad una obbligazione principale inesistente o soltanto annullabile.

424. — Il MIRABELLI (2) afferma che questa distinzione fra obbligazione inesistente e obbligazione nulla è inutile nella materia della fideiussione, perchè « inesistente o annullabile la obbligazione principale, la fideiussione è ancor essa inesistente o annullabile, e la dichiarazione dell'inesistenza o dell'annullamento produce gli stessi effetti rispetto all'obbligazione principale e rispetto alla fideiussione ».

Questa argomentazione non prova l'assunto: è bensì vero che la fideiussione è obbligazione accessoria e sussidiaria; ma appunto per tale ragione è necessario, anche in materia di fideiussione, distinguere fra inesistenza e annullabilità della obbligazione principale, essendo che dal primo caso nascono per la fideiussione effetti diversi da quelli che si verificano nel secondo caso. E infatti se l'obbligazione principale è inesistente, ossia nulla di pieno diritto, è inesistente, come si disse, anche la fideiussione; ma quando l'obbligazione principale è *annullabile* e perciò esiste fino alla dichiarazione di nullità, la fideiussione che ad essa abbia acceduto esiste essa pure fino a che tale nullità sia stata dichiarata; e se l'obbliga-

(1) BIANCHI, *Principî generali sulle leggi*, pag. 527 e seg., Torino, 1888.
(2) *Op. cit.*, n. 7, p. 399.

Digitized by Google

zione principale diventa pienamente valida per effetto della conferma, anche la fideiussione diventa valida (1).

Resta a determinare, nei singoli casi, se la fideiussione abbia acceduto ad una obbligazione inesistente oppure ad una obbligazione annullabile. Questo esame deve farsi in rapporto ai nominati requisiti essenziali delle obbligazioni.

§ 1.

La fideiussione in rapporto alla capacità del debitore.

SOMMARIO: 425. Premessa. — 426. L'art. 1899 del Cod. civ. it. — 427-430. Legislazione comparata. — 431. Ragioni addotte per la validità della fideiussione a favore d'un incapace. — 432-433. Confutazione. — 434. Senso dell'art. 1899 Cod. civ. it. — 435. Fideiussione prestata per un minorenne. — 436. Minorenne autorizzato a esercitare il commercio. — 437. Minorenne che fa uso di mezzi dolosi. — 438. Fideiussione prestata per un interdetto. — 439. Fideiussione prestata per chi è in stato di interdizione legale. — 440. Fideiussore d'un inabilitato. — 441. Fideiussore d'un emancipato. — 442. Fideiussione prestata per una donna maritata. — 443. Fideiussione prestata per la moglie autorizzata ad esercitare il commercio.

425. — La incapacità assoluta di agire, propria dei minori e degli interdetti, nonchè la incapacità relativa dei minori emancipati, degli inabilitati e della donna maritata nei casi espressi dalla legge, dànno luogo all'*annullabilità* della obbligazione.

Conseguentemente la fideiussione prestata per un'obbligazione assunta dalle dette persone dovrebb'essere annullabile. Ma questo principio non vale per il diritto positivo italiano e francese, come apparisce dal seguente esame delle legislazioni.

426. — Il Codice francese dispone al citato art. 2012 (Cod. it., art. 1899) che quantunque la fideiussione possa sussistere soltanto per un'obbligazione valida, tuttavia può prestarsi per un'obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione puramente personale all'obbligato; per

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 955, p. 468-469. Confr. LAURENT, n. 133-134, e Cod. civ. argentino (art. 1994). Vedi anche: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 143, p. 217-219; e confr. GEIB, *op. cit.*, § 9, n. 3, pag. 147-149 e n. 2, p. 144-147.

Digitized by Google

esempio, nel caso della minore età. Il quale principio è confermato dall'art. 2036 dello stesso Codice francese (Cod. italiano, art. 1927), ove si dichiara che il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale e che sono inerenti al debito; ma non può opporre quelle che sono *puramente personali al debitore.*

Dalle stesse espressioni adoperate dal legislatore, e dai lavori preparatorî del citato Codice francese, risulta che si è inteso di stabilire l'eccezione non per il solo caso della minore età, che è menzionato soltanto in senso dimostrativo, ma altresì per gli altri casi di incapacità del debitore principale, e cioè anche quando si tratti di un interdetto, di un inabilitato, di un emancipato, di una donna maritata non autorizzata ad obbligarsi. In questi casi adunque il fideiussore è tenuto a soddisfare il debito anche se questo sia annullato.

427. — Non tutti però i Codici contengono disposizioni identiche a questa.

Sono conformi al Codice francese i Codici: italiano (articoli 1899 e 1927); parmense (art. 2042 e 2065); delle Due Sicilie (art. 1884 e 1908); della Luigiana (art. 3005 e 3030); di Haiti (art. 1776 e 1802); del Cantone di Vaud (art. 1494 e 1516); olandese (art. 1858 e 1884).

Altri Codici, mentre dispongono conformemente al Codice francese che la fideiussione può validamente prestarsi per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato, come quella di minorità, eccettuano da questo principio il caso di un mutuo fatto al figlio di famiglia; il quale prestito non può essere dal mutuante ripetuto nè verso il mutuatario nè verso il suo fideiussore. In questo senso dispongono i Codici: portoghese (art. 822, § 2 e 1535-1536); spagnuolo (art. 1824; e pure in tal senso disponevano i Codici: sardo (art. 2045 e 1919, 1920); ed estense (art. 2026, 2053 e 1166, 1167).

428. — Per alcuni Codici la validità della fideiussione prestata per un'obbligazione non valida è subordinata alla condizione che il fideiussore abbia avuto *conoscenza* del vizio dell'obbligazione stessa riguardo al debitore principale. Così è per il Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 492)

Digitized by Google

a norma del quale la fideiussione può validamente prestarsi per un debito derivante da un contratto non obbligatorio per il debitore principale a cagione di errore o incapacità a contrattare, se al momento della stipulazione il fideiussore conosceva il vizio del contratto riguardo al debitore principale. Così è ancora per il Codice messicano il quale eccettua dalla nullità sancita all'art. 1818 circa la fideiussione prestata per un'obbligazione non civilmente valida, il caso in cui la nullità « proceda da incapacità personale del debitore » a condizione che « il fideiussore abbia avuto conoscenza dell'incapacità al tempo dell'obbligazione e che l'obbligazione principale sia valida almeno naturalmente »; nel qual caso, per l'art. 1820, la fideiussione sussiste anche quando il debitore principale faccia annullare la sua obbligazione.

La conoscenza dell'annullabilità dell'obbligazione garantita, per ragioni di incapacità, produce invece una conseguenza diversa per il Codice giapponese (art. 449) per il quale se una persona ha garantito conoscendo la detta causa di annullabilità al momento del contratto di fideiussione, si presume che abbia contrattato, per il caso di inesecuzione o di annullamento dell'obbligazione principale, una *obbligazione indipendente* che ha lo stesso oggetto di quest'ultima.

429. — Per altre legislazioni l'*ignoranza* in cui versasse il fideiussore circa la invalidità del rapporto garantito, non impedisce che egli rimanga vincolato a titolo speciale. Così, per il Codice austriaco (§§ 1352 e 896), chi si costituisce fideiussore di una persona che per la sua personale qualità non può obbligarsi, rimane obbligato *come un condebitore solidario*, quantunque ignorasse una tale qualità (1). E per il Codice argentino (art. 1994) se la causa della nullità è qualche incapacità relativa al debitore, il fideiussore è responsabile *come debitore unico*, quantunque ignori tale incapacità.

430. — Per il vigente Codice germanico (§ 770) il fideiussore può rifiutarsi di soddisfare il creditore finchè al debitore principale spetta il diritto di impugnare il negozio giu-

(1) Confr. Codice del Cantone di Berna (art. 918) per il quale il fideiussore d'una persona incapace di contrattare doveva pagare tutto il danno che ne risultasse per il creditore.

Digitized by Google

ridico che sta a base della sua obbligazione; e il fideiussore stesso (§ 768) può far valere le eccezioni tutte spettanti al debitore principale.

431. — Per giustificare la validità della fideiussione prestata per un incapace si afferma che: 1° tra il creditore e il debitore principale esiste pur tuttavia un vincolo giuridico, e ciò basta perchè la fideiussione sia valida da principio, e continui ad esser valida anche dopo l'annullamento del debito principale; 2° la fideiussione è bensì un contratto accessorio; ma nondimeno produce, fra il debitore e il fideiussore, un vincolo giuridico distinto dall'obbligazione principale; 3° il creditore può aver richiesto l'intervento di un fideiussore appunto per premunirsi contro gli effetti di una nullità opposta dal debitore principale, ed il fideiussore può sempre informarsi della capacità di quest'ultimo. « La simple « restitution du principal obligé, dice DOMAT (1), est un événe- « ment dont le créancier avait prévu l'effet, s'assurant de sa « dette par la caution, qui de sa part n' avait pu ignorer « les suites de son engagement ».

432. — Ma si risponde che: 1° la fideiussione, pur essendo un'obbligazione distinta dall'obbligazione principale, è tuttavia, per sua essenza, una obbligazione accessoria e sussidiaria, e come tale non dovrebbe sopravvivere alla obbligazione principale garantita, che è il suo necessario fondamento; 2° tra il creditore e il debitore principale esiste bensì un vincolo giuridico; ma questo esiste soltanto finchè l'obbligazione non venga annullata su domanda dell'interessato; sopravvenuto l'annullamento, nessun titolo giustifica la sopravvivenza della fideiussione, mentre, « quum prin- « cipalis causa non consistit, nec ea quae sequuntur locum « habent »; 3° è bensì vero che il fideiussore può prevedere l'annullamento per incapacità del debitore principale e obbligarsi volontariamente per questo caso; ma, come bene osservano il LAURENT (2) e il GUILLOUARD (3), se tale motivo bastasse per render valida la fideiussione d'un'obbligazione

(1) *Les lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. I, n. 10.
(2) Vol. XXVIII, n. 136.
(3) N. 56, p. 63.

Digitized by Google

annullabile, non bisognerebbe restringere il principio all'obbligazione annullabile per incapacità del debitore, come fa l'art. 2012 del Codice francese; bensì estenderlo a tutte le altre cause di annullabilità, per esempio all'errore o al dolo; vizi che il fideiussore può altresì prevedere, e in considerazione dei quali può obbligarsi, come si obbliga in vista della minorità o dell'interdizione del debitore; mentre la fideiussione di tali obbligazioni è vietata; 4° che per il diritto francese e italiano vigenti, il rapporto di cui parliamo costituisca una *fideiussione* risulta dalla stessa disposizione che stiamo esaminando ove è detto che « può prestarsi la *fideiussione* per un'obbligazione, ecc. ». Ma se ciò deve dirsi in diritto positivo, deve escludersi invece sotto l'aspetto razionale, perocchè è nell'essenza dell'obbligazione fideiussoria che essa, come rapporto sussidiario di guarentigia, non possa sussistere senza il fondamento di un'obbligazione principale (1); epperò, annullata questa per l'incapacità del debitore, dovrebbe venir meno anche quella, mentre per la legge vigente la fideiussione permane. E va notato che mentre, di regola, il fideiussore che paga ha il regresso verso il debitore principale, nel caso in discorso, il preteso fideiussore del diritto vigente non gode di questo regresso essendo che il preteso fideiussore non paga il debito d'un terzo quando questo debito è dichiarato nullo; ma soddisfa un debito proprio (2). E per questa stessa ragione resta escluso che si tratti di una fideiussione in cui il fideiussore intenda di fare una liberalità al debitore: non può infatti parlarsi di liberalità quando il debitore non è legalmente tenuto a pagare il debito annullato. Se poi si voglia ritenere l'intervento del fideiussore come una liberalità a favore del creditore, si osserva che allora dovrebbe anche essere lecito al fideiussore di intervenire in tale qualità a favore del creditore in altri casi di annullabilità, ad esempio, nel caso di annullabilità per errore, mentre ciò è vietato. Senza dire poi che il caso di un intervento a scopo di liberalità a favore del creditore è abbastanza raro (3); 5° non v'è alcuna

(1) Vedi *retro*, n. 75.
(2) Confr. GALDI, *op. cit.*, p. 29.
(3) GUILLOUARD, n. 56, p. 63-64.

Digitized by Google

ragione (aggiungiamo) per favorire legalmente le garanzie prestate per le obbligazioni degli incapaci, mentre l'annullabilità di tali obbligazioni è riconosciuta per ragioni d'ordine pubblico, e il riconoscimento della validità della fideiussione prestata per le dette obbligazioni favorisce gli abusi della inesperienza degli incapaci per parte dei terzi in quanto è difficile che gli incapaci eccepiscano la nullità; e ciò per non danneggiare il fideiussore (1).

Per dare un fondamento alla fideiussione delle obbligazioni assunte dagli incapaci fu inoltre asserito che un'obbligazione naturale sopravvive all'obbligazione civile annullata per l'incapacità del debitore, e che questa obbligazione naturale è il fondamento della fideiussione (2). Noi escludiamo invece, in diritto positivo, la validità della fideiussione di un'obbligazione naturale, e ci riferiamo a quanto è esposto più oltre.

433. — Pertanto il sistema di quelle legislazioni moderne che riconoscono la validità della fideiussione prestata per un'obbligazione assunta da un incapace, è contrario all'essenza della stessa fideiussione. E ciò si dica sia per le legislazioni che riconoscono tale validità così nel caso di ignoranza come nel caso di conoscenza del vizio per parte del fideiussore (sistema francese e italiano), come per quelle legislazioni che fanno dipendere la validità della fideiussione dalla conoscenza del detto vizio per parte del fideiussore (sistema svizzero (3) e messicano).

434. — Comunque, dalle riferite disposizioni del Codice italiano (art. 1899 e 1927) risulta il concetto che la fideiussione di un'obbligazione annullabile per un'eccezione *puramente personale* al debitore, essendo pienamente valida, il fideiussore non può efficacemente invocare tale eccezione, nè eccepire che il debitore principale abbia in base ad essa fatta annullare l'obbligazione principale; mentre se questa è annul-

(1) Vedi Galdi, p. 30.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 946, p. 463.

(3) Il Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 492 cit.) è tuttavia meno illogico del Codice francese e dell'italiano in quanto estende la validità della garanzia al caso di *errore* in cui sia incorso il debitore principale, mentre ciò non può dirsi per il diritto italiano e francese.

Digitized by Google

labile per eccezioni *inerenti al debito*, il fideiussore può prevalersi di esse alla pari del debitore.

Della distinzione fra le eccezioni *in personam* e le eccezioni *in rem* dovremo trattare nel titolo della estinzione della fideiussione.

Qui giova ripetere che la menzione della minore età fatta dal legislatore nel riferito articolo va intesa in senso dimostrativo (1): la legge si riferisce alle eccezioni dipendenti dalla capacità di contrattare, di modo che la citata disposizione comprende oltre alle obbligazioni dei minori (2) giunti all'età del discernimento (3), quelle degli interdetti (4) nonchè degli inabilitati, degli emancipati, per quanto eccede l'ordinaria amministrazione (5) e delle donne maritate (6) nei casi in cui la legge le dichiara incapaci e, generalmente, quelle di tutti coloro ai quali la legge vieta determinati diritti.

435. — Riguardo alla fideiussione prestata per un minorenne, è a ricordarsi, particolarmente, che le obbligazioni relative ad alienazioni, mutui, garanzie, pegni, ipoteche,

(1) Cass. Palermo, 26 maggio-7 giugno 1894 (*Circolo giur.*, 1895, 35) la quale ritenne anche non esservi eccezione personale quando si dichiara nullo un contratto d'un commerciante poscia fallito, perchè compiuto nel periodo della cessazione dei pagamenti; ma bensì trattarsi di presunzione di frode rispetto ai creditori, in base all'art. 709 Cod. comm. Di qui la nullità della fideiussione che abbia acceduto a quel contratto ove questo sia stato annullato. Confronta per la questione se la sentenza che dichiara l'inefficacia di una dichiarazione di debito fatta dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti formi ostacolo all'azione del creditore contro chi risulta dall'atto medesimo fideiussore solidale col fallito: App. Torino, 3 dicembre 1887 (*Giur. tor.*, 1888, 127) che decise negativamente.

(2) Cassazione francese, 30 novembre 1812 (*Sirey*, C. N. IV, 1, 236); Pont, *Des petits contrats*, II, n. 43; Troplong, n. 73; Ponsot, *Du cautionnement*, n. 63; Guillouard, n. 57, p. 64; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 945, p. 462.

(3) Guillouard, *loc. cit.* In senso diverso Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, i quali opinano che sia valida la fideiussione per l'obbligazione d'un minore « alors même qu'il n'est pas parvenu à l'age de discernement ».

(4) Cass. di Palermo, 6 giugno 1865, in Corsi, *op. cit.*, p. 21; Aubry et Rau, IV, § 424, testo e nota 6; Pont, *op. cit.*, II, n. 42; Troplong, n. 80; Laurent, XXVIII, n. 148; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 945, p. 462.

(5) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 945, p. 462.

(6) Guillouard, n. 57, p. 64; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 945, p. 462, con le sentenze e gli autori citati in nota 7 a p. 462.

Digitized by Google

contratte da minorenni, con cognizione di causa e libertà di consenso, ma senza l'assistenza del tutore, o la deliberazione del consiglio di famiglia e la omologazione del tribunale non sono inesistenti, ma soltanto annullabili, e quindi suscettive di valida fideiussione (1).

436. — La fideiussione prestata per un atto compiuto per causa di commercio da un minorenne autorizzato ad esercitare il commercio o a compiere singoli atti commerciali, è valida?

Perchè il minore abbia la capacità di obbligarsi commercialmente, è necessario, a termini dell'art. 9 Cod. di commercio ital.: 1° che egli sia emancipato; 2° che sia autorizzato all'esercizio del commercio dal genitore con atto davanti al pretore, o dal Consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal tribunale secondo le disposizioni dell'art. 319 Cod. civ.; 3° che gli atti di emancipazione e di autorizzazione siano presentati alla cancelleria del tribunale nella cui giurisdizione il minore intende di stabilire la sua residenza, per essere, a cura del cancelliere, trascritti nel registro a ciò destinato e affissi nella sala del tribunale, nella sala del Comune e nei locali della borsa più vicina. Il minore non può imprendere l'esercizio del commercio prima che siano eseguite la trascrizione e le affissioni suddette.

Eseguite le dette formalità, il minore emancipato è reputato maggiore *quanto alle obbligazioni da lui contratte per atti di commercio* (art. 9 cit.) e può anche ipotecare e alienare i suoi beni immobili (art. 11 Cod. cit.).

Ciò posto, il fideiussore risponde degli atti compiuti dall'emancipato regolarmente autorizzato ad esercitare il commercio, e relativi a tale esercizio.

Degli atti compiuti dall'emancipato non autorizzato regolarmente ad esercitare il commercio per difetto di tutte o di alcuna delle prescritte condizioni, il fideiussore risponde egualmente, perocchè si tratta di atti annullabili per la incapacità

(1) L. 13, D. *de minor*. Vedi Corsi, p. 21. Relativamente alla validità della garanzia che il genitore, contrattante nell'interesse del minore senza l'autorizzazione del magistrato, assume verso l'altro contraente allo scopo di risarcirlo del danno che potrebbe colpirlo qualora il contratto col figlio fosse annullato, vedi Cass. Napoli, 16 luglio 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 987).

Digitized by Google

di contrattare, ossia in forza di eccezioni puramente personali al debitore.

437. — Si avverta, da ultimo, che l'obbligazione del minore non assunta nei modi voluti dalla legge, non è annullabile, quando il minore con raggiri o mezzi dolosi avesse occultato di esser tale, essendo che questo fatto denoterebbe uno sviluppo d'intelligenza contrastante con la presunzione di difetto che sta a fondamento della incapacità « malitia supplet aetatem ». Ma a provare siffatti mezzi dolosi non basta la dichiarazione che il minore avesse fatto di essere maggiore (Cod. civ. it., art. 1305), perocchè si potrebbe altrimenti eludere la legge strappando al minore tale dichiarazione. Ne segue che nell'ipotesi qui contemplata la fideiussione è non solo valida, ma attribuisce al fideiussore il regresso essendo che la obbligazione principale è valida anche nei rapporti del minore.

438. — Relativamente alla fideiussione prestata per un interdetto è a notare che tutti gli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza, o dopo la nomina dell'amministratore provvisorio (Cod. ital., art. 327), essendo nulli di diritto (benchè la nullità sia soltanto relativa, come diremo), è inammissibile la prova dello stato sano di mente dell'interdetto nel momento in cui vennero compiuti, e, parimenti è inammissibile ogni distinzione sulla natura di tali atti (1). Ne segue che il fideiussore delle obbligazioni assunte dall'interdetto dopo la detta sentenza o dopo la nomina dell'amministratore provvisorio, risponde personalmente anche se offra la prova che l'interdetto agì in un momento di lucido intervallo (2).

Questo concetto armonizza col principio generale per cui non è necessario che l'infermità mentale, che è fondamento della interdizione, abbia il carattere della *continuità*, essendo che la esistenza di lucidi intervalli non prova che durante tali periodi la intelligenza e la volontà siano completamente

(1) Chironi, *Ist. di dir. civ.*, vol. II, § 429.

(2) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 945, p. 462, il quale insegna che è valida la fideiussione dell'obbligazione di un interdetto anche se questi si obbligò in un intervallo non lucido; mentre il Guillouard, n. 57, p. 64-65, scrive che è valida la fideiussione di un'obbligazione contratta da un interdetto in un lucido intervallo.

Digitized by Google

libere; senza dire della difficoltà di stabilire tale esistenza e delle incertezze che nascerebbero dalla durata e dalla frequenza di tali intervalli e dalla loro prova, la quale non è mai sicura poichè si riferisce a intervalli passati.

439. — *Quid juris* nel caso di fideiussione prestata per atti compiuti da chi si trovi in stato di *interdizione legale?*

È noto che, a termini dell'art. 33 Cod. penale italiano, « il condannato all'ergastolo, o alla reclusione per un tempo « maggiore dei cinque anni è, durante la pena, in istato di « interdizione legale; e gli si applicano, per l'amministra- « zione dei beni, le disposizioni della legge civile sugli in- « terdetti ».

La nullità degli atti compiuti degli interdetti legali è *assoluta*, ossia può essere opposta da chiunque vi abbia interesse (Cod. civ. ital., art. 1107). Tale nullità non è riconosciuta nell'interesse personale dei condannati, ma esclusivamente per ragioni d'ordine pubblico; non è un'eccezione *meramente personale* al debitore principale, ma bensì un'eccezione *in rem*. Ne segue che la fideiussione prestata per un atto compiuto da un *interdetto legale* è nulla, e che la nullità dell'atto compiuto dal debitore può essere eccepita anche dal fideiussore.

440. — La fideiussione prestata per un inabilitato va considerata: *a*) nel caso di inabilitazione *legale*; *b*) nel caso di inabilitazione *giudiziale*.

La prima ipotesi concerne il sordo-muto e il cieco dalla nascita, i quali, giunti all'età maggiore, si reputano inabilitati di diritto; eccettochè il tribunale li abbia dichiarati abili a provvedere alle cose proprie (Cod. it., art. 340).

La seconda ipotesi riguarda l'infermo di mente il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, nonchè il prodigo (Cod. it., art. 339).

La nullità degli atti compiuti, sia dall'inabilitato legalmente come dall'inabilitato giudizialmente, senza l'assistenza del curatore, è *relativa* perchè riconosciuta nell'interesse degli incapaci non esclusi il sordo-muto e il cieco dalla nascita; ossia la nullità può esser proposta soltanto dall'inabilitato e dai suoi eredi od aventi causa (Cod. it., art. 341). Tale nullità è un'eccezione *puramente personale* al debitore, e non

Digitized by Google

può quindi opporsi dal fideiussore, la cui obbligazione fideiussoria è valida.

441. — L'emancipazione conferisce all'emancipato una capacità imperfetta che lo autorizza soltanto a compiere tutti gli atti non eccedenti la semplice amministrazione; mentre per quelli che la eccedono occorre, per alcuni, *l'assistenza* del curatore; per altri è necessaria inoltre l'autorizzazione del consiglio di famiglia che, talvolta, dev'essere omologata dal tribunale (Cod. it., art. 317, 318, 319).

La nullità degli atti non rispondenti alle disposizioni di legge è *relativa*, nel senso che può essere opposta soltanto dal minore emancipato e dai suoi eredi od aventi causa (Cod. it., art. 322).

Che l'eccezione di nullità degli atti compiuti dall'emancipato senza le volute forme, sia da annoverarsi fra le eccezioni *meramente personali* al debitore, e quindi non opponibili dal fideiussore neppure se il minore le abbia fatte valere, non è dubbio, se si consideri che tale espressione si riferisce alle eccezioni dipendenti dalla incapacità di contrattare, e che il minore emancipato trovasi appunto, per gli atti in discorso, in stato di incapacità.

442. — Riguardo alla fideiussione prestata per una donna maritata non autorizzata dal marito o giudizialmente, nei casi in cui l'autorizzazione è necessaria, si discuteva nel diritto francese anteriore al Codice napoleonico se tale garanzia fosse valida.

Domat (1) era per l'affermativa, sul fondamento del *vincolo naturale* formatosi tra la donna non autorizzata e il proprio creditore.

Pothier (2) invece affermava che, secondo il diritto consuetudinario francese, l'obbligazione della donna non autorizzata è nulla *ipso jure*, sicchè la fideiussione non può accedervi.

In diritto odierno è ammesso che l'obbligazione della donna maritata non autorizzata nei casi tassativamente indicati dalla legge (Cod. civ. it., art. 134, 136; Cod. di comm. ita-

(1) In Guillouard, n. 57, p. 65.
(2) *Op. cit.*, n. 395.

Digitized by Google

liano, art. 13 e 14) non è inesistente, ma soltanto annullabile, poichè assunta da un incapace. E questa è un'eccezione puramente personale che può essere opposta dal marito, dalla moglie e dai suoi eredi od aventi causa (Cod. it., art. 137; Cod. franc., art. 225), ma non dalla persona capace di obbligarsi che contrattò con la moglie stessa (Cod. it., art. 1107; Cod. franc., art. 1125). Sicchè la fideiussione prestata per la detta obbligazione è valida.

443. — È poi valida altresì la fideiussione prestata per un atto commerciale compiuto dalla donna maritata, maggiore d'età, regolarmente autorizzata dal marito ad esercitare il commercio, mediante autorizzazione espressa o tacita (Cod. di comm. italiano, art. 13). Ed essendo l'atto valido anche per la moglie, il fideiussore ha regresso verso di essa.

Lo stesso si dica per i casi in cui, in luogo del consenso del marito, occorra l'autorizzazione del tribunale (Cod. civ. it., art. 136) e questa sia stata regolarmente accordata.

Se poi la moglie fosse minorenne, ricordiamo (senza addentrarci nella questione perchè estranea al nostro studio) che, secondo alcuni, è necessario che vengano osservate le formalità relative all'esercizio del commercio da parte dei minori, ossia che il padre, o in sua mancanza, la madre, autorizzino la moglie minorenne ad esercitare il commercio; laddove, secondo altri, è sufficiente il solo consenso del marito. Comunque, la validità della fideiussione sussiste sia che si adotti la prima, sia che si accolga la seconda opinione, essendo che si tratta sempre di una fideiussione che accede ad una obbligazione valida.

Adunque, se la moglie fu debitamente autorizzata ad esercitare il commercio, il fideiussore risponde di qualsiasi obbligazione assunta dalla moglie da lui garantita e concernente il commercio al quale essa fu autorizzata o qualunque specie di commercio se l'autorizzazione fu concessa in termini generali (Cod. di comm. it., art. 14).

Che se la fideiussione fu prestata per un atto compiuto dalla donna maritata non autorizzata a termini di legge, ad esempio per un contratto di società commerciale a responsabilità illimitata, fatto dalla moglie senza l'autorizzazione *speciale* del marito o del tribunale (Cod. di comm. italiano,

Digitized by Google

art. 14), la fideiussione stessa sarebbe ugualmente valida, trattandosi anche in questo caso di una obbligazione annullabile per incapacità, ossia per un'eccezione puramente personale al debitore. Il fideiussore non avrebbe perciò il diritto di rifiutare il soddisfacimento del debito; nè avrebbe il regresso verso la donna maritata.

§ 2.

La fideiussione in rapporto al consenso del debitore.

SOMMARIO: 444. Partizione. — 445. Mancanza assoluta e vizio del consenso.

444. — La validità della fideiussione in rapporto al consenso dato, per l'obbligazione principale, dal debitore va considerata sotto due aspetti: *a*) nel caso di *mancanza assoluta* del consenso; *b*) nel caso di *vizio* del consenso.

445. — Nel primo caso la fideiussione è *inesistente*, essendo che la mancanza assoluta del consenso impedisce la formazione dell'obbligazione principale e quindi produce la non esistenza dell'obbligazione accessoria.

Nel secondo caso la fideiussione accedente ad una obbligazione principale affetta da errore, violenza o dolo, è inesistente o annullabile?

Nella *Esposizione dei motivi al Corpo legislativo*, TREILHARD espresse l'avviso che tale fideiussione non ha esistenza giuridica: « Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par le dol, arrachée par la violence, entachée enfin de quelque vice de cette nature, est *absolument nulle*; l'acte qui la cautionne tombe par conséquent avec elle » (1).

Questa opinione è contraria ai principii oggi accettati in materia di inesistenza e annullabilità. Una obbligazione affetta da errore, violenza o dolo è soltanto annullabile; non inesistente; e ciò per le seguenti ragioni.

Va premesso che sebbene la *volontà* giuridica risulti dalla sua *dichiarazione*, tuttavia questa manifestazione non va confusa con la *volontà reale*. Può infatti la *volontà apparente* (ossia dichiarata) non corrispondere alla *volontà reale*, nel

(1) FENET, XV, p. 38.

Digitized by Google

senso che la prima non costituisca ciò che si è voluto effettivamente. Questa mancanza di rispondenza si verifica sia quando essa è *voluta*, nel qual caso si ha la *simulazione*; sia quando è *non voluta*, nel qual caso si ha l'errore, o la violenza o il dolo. Il negozio giuridico fondato sopra una dichiarazione di volontà determinata da una di tali cause non si fonda adunque sulla volontà reale, bensì sulla volontà apparente; ma finchè l'interessato non provi la mancanza di rispondenza fra i due termini, dimostrando che la manifestazione avvenne soltanto a cagione di errore, o violenza o dolo, si presume che la *dichiarazione* della volontà contenga la *volontà reale*; epperò l'obbligazione ha esistenza giuridica quantunque non sia intrinsecamente valida (1). Essa è pertanto *annullabile*, e perciò, se l'interessato prova l'errore, o la violenza o il dolo, l'obbligazione stessa cade nel nulla. E la fideiussione, quale obbligazione sussidiaria di garanzia, esiste fino a che l'obbligazione garantita duri, e cade con essa (2), secondo i principii che svolgiamo nella Sezione III di questo capo.

§ 3.

La fideiussione in rapporto all'oggetto della obbligazione principale.

SOMMARIO: 446. Mancanza assoluta dell'oggetto. — 447. Fideiussione di obbligazione futura o condizionale. — 448. Legislazione argentina. — 449-450. Validità della fideiussione prestata per la detta obbligazione. — 451. Se la fideiussione di una obbligazione futura possa essere revocata dal fideiussore. — 452. Possibilità delle garanzie di obbligazioni future. — 453. Fideiussione di obbligazione indeterminata. — 454. Se sia necessaria l'indicazione della persona del creditore. — 455. Fideiussione del saldo che risulterà da un conto corrente. — 456. Altri oggetti della fideiussione. — 457. Fideiussione di un'obbligazione naturale. - 458. Se sia ammissibile nel diritto odierno l'obbligazione naturale. — 459. Argomenti addotti

(1) V. CHIRONI, *Istit. di dir. civ.*, vol. I, §§ 57-60, con gli autori ivi citati, e BIANCHI, *op. cit.*, n. 97, p. 536-537.

(2) Vedi in questo senso: GUILLOUARD, n. 58, I, p. 68; LAURENT, n. 138; CHABOT, nel suo *Rapport au Tribunat*, in FENET, XV, p. 48-49. — Confronta BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 948, p. 464. — In senso diverso: MOURLON, *Ripetizioni scritte sopra i tre esami del Cod. napoleonico*, vol. III, sull'articolo 2012, p. 477-478, traduz. it., Palermo, 1863; DALLOZ, n. 61, p. 533.

Digitized by Google

contro l'ammissibilità dell'obbligazione naturale. — 460. Argomenti addotti per l'ammissibilità della obbligazione naturale. — 461. Fondamento ed effetti dell'obbligazione naturale. — 462. Inammissibilità della fideiussione di un'obbligazione naturale. — 463. Dottrina contraria del Guillouard. Sua confutazione. — 464. Conseguenza dell'accennata inammissibilità. — 465. Garanzia di un'obbligazione naturale mediante la *promessa del fatto altrui*. — 466. Fideiussione per il venditore o il compratore di cosa altrui.

446. — La mancanza assoluta dell'*oggetto* produce la *inesistenza* del contratto e quindi della fideiussione ad esso accedente; e ciò perchè il difetto riguarda uno dei requisiti essenziali di ogni obbligazione.

La validità della fideiussione in rapporto all'oggetto della obbligazione principale va pertanto regolata, per il Codice civ. it., in base alle disposizioni degli art. 1116-1118 relative all'oggetto dei contratti.

Di tali questioni esamineremo quelle che richiedono speciali schiarimenti in rapporto alla fideiussione.

447. — *Fideiussione di obbligazione futura o condizionale.* — Le cose future possono formare oggetto di contratto (Cod. civ. it., art. 1118; Cod. franc., art. 1130). Di qui la questione se si possa prestar garanzia per una obbligazione futura.

In diritto romano « adhiberi fideiussor tam futurae quam praesenti obligationi potest » (L. 6 e 55, D. *h. t.*).

Nel diritto francese anteriore al Codice la questione era risolta nello stesso senso affermativo da Domat (1) e da Pothier (2).

Il Codice francese e quelli su esso modellati, compreso l'italiano, non contengono una disposizione espressa a questo riguardo, tranne il Codice spagnuolo che ora citeremo.

Tacciono il Codice austriaco e il Codice svedese e giapponese. Il diritto mussulmano contempla il caso speciale di una fideiussione prestata per un mutuo (art. 939) e dichiara soltanto che il fideiussore può ritenere tale garanzia fino al giorno in cui il mutuo è realmente effettuato.

Il Codice civile germanico al § 765 capov. dichiara: « La fideiussione può essere assunta anche per una obbligazione futura o per una obbligazione condizionale ».

(1) *Les lois civiles*, lib. III, tit. IV, sez. I, § 6.
(2) *Op. cit.*, n. 400.

Digitized by Google

Altrettanto si dica per il Codice federale svizzero delle obbligazioni, il cui art. 492, 1° capov., è così concepito: « La fideiussione può essere prestata anche per un debito futuro o condizionale, pel caso che questi diventi efficace » (1).

E il Codice spagnuolo all'art. 1825: « Si può egualmente prestare una fideiussione in garanzia di debiti futuri, l'ammontare dei quali non è ancora conosciuto; ma non si può agire contro il fideiussore finchè il debito non sia liquido ».

La quale disposizione è quasi identica a quella del Codice bavarese, § 8, che suonava in egual senso.

Ed una regola quasi conforme a quella del Codice spagnuolo si trova nel Codice messicano (art. 1821): « Si la fianza se constituye sobre deudas futuras ó liquidas, el fiador no puede ser reconvenido sino cuando la obligacion principal fuere legalmente exigible ».

Il Codice chileno (art. 2339), che ammette anch'esso la validità della fideiussione di un'obbligazione futura, soggiunge che in tal caso il fideiussore può revocare il proprio consenso finchè l'obbligazione principale non esista « quedando con todo responsable al acreedor y terceros de buona fé como el mandante en el caso del articulo 2173 ». Disposizioni quasi identiche contengono il Codice dell'Uruguay (art. 2067) e columbiano (art. 2365).

448. — Le più precise statuizioni relative alla fideiussione di un'obbligazione futura si trovano nel Cod. civ. argentino, per il quale (art. 1988) la fideiussione può precedere la obbligazione principale ed esser data per sicurtà di un'obbligazione futura, senza che sia necessario che il suo importo sia limitato a una somma fissa. Tale fideiussione può essere infatti prestata per l'ammontare delle obbligazioni che contrarrà il debitore. Tuttavia (art. 1989) la fideiussione di una obbligazione futura, quantunque il credito futuro sia incerto e la sua cifra indeterminata, deve avere un *oggetto* determinato. Da ultimo (art. 1990) il fideiussore di un'obbligazione futura può revocare la garanzia finchè non esiste l'obbliga-

(1) Trib. fed. svizzero, 21 maggio 1888, citata da Nessi (*Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Doctr.*, p. 44).

Digitized by Google

zione principale; ma rimane responsabile verso il creditore e i terzi di buona fede che ignoravano la revoca della fideiussione, conformemente alla responsabilità del mandante che ha revocato il mandato.

449. — I precedenti storici e legislativi avvalorano pertanto l'opinione della validità della fideiussione prestata per una obbligazione futura, anche in diritto francese e italiano, malgrado il silenzio della legge. La quale opinione, del resto, è sufficientemente sostenuta dai principii generali. Perocchè è bensì vero che l'obbligazione accessoria non sussiste senza l'esistenza di un'obbligazione principale; ma il fideiussore può vincolarsi sotto condizione, ossia per il caso e per il tempo in cui l'obbligazione principale sia effettivamente e definitivamente contratta. E nella garanzia per un'obbligazione futura, il vincolo fideiussorio comincia ad esistere soltanto dal giorno in cui l'obbligazione principale sia contratta definitivamente (1).

450. — Gli argomenti ora svolti militano altresì a favore della validità della fideiussione prestata per una obbligazione condizionale, con questa ragione in più: che nell'obbligazione condizionale si ha già un vincolo giuridico fra il creditore e il debitore principale (2). Tale validità è espressamente riconosciuta da qualche legislazione, quale il Cod. civ. dell'Uruguay (art. 2067); columbiano (art. 2365); chileno (art. 2339); argentino (art. 1993).

451. — Fino a che l'obbligazione futura, principale, non abbia cominciato a esistere, la fideiussione può esser revocata dal fideiussore?

Già vedemmo come la questione sia stata risolta affermativamente dai citati Codici chileno, dell'Uraguay, columbiano e argentino, e dal diritto mussulmano per il caso di fideiussione prestata per un mutuo (3).

Il Pont (4) insegna l'affermativa « Toutefois, si une obli-

(1) In questo senso: Guillouard, nn. 17, p. 21 e n. 52, p. 56; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 950, p. 465, con gli autori ivi citati in nota 9.

(2) Vedi Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(3) Vedi *retro*.

(4) *Des petits contrats*, II, n. 28.

Digitized by Google

gation future est susceptible d'être cautionnée, c'est sous cette réserve, que l'engagement résultant du cautionnement commencera seulement du jour ou l'obligation principale sera consacrée. C'est la force même des choses, l'essence d'un tel engagement, comme le fait remarquer POTHIER, étant de ne pouvoir subsister sans une obligation principale. De là une conséquence déduite également par POTHIER: c'est que jusqu'au moment où l'obligation principale prend naissance, le cautionnement peut être révoqué par la caution, à la charge toutefois par elle de notifier au créancier son changement de volonté ».

Questa opinione e il principio adottato dai citati Codici americani non sono, a nostro avviso, accettabili senza una distinzione: essi identificano, quanto alle conseguenze, il caso di una fideiussione prestata per un'obbligazione futura bensì. ma che *dovrà* essere realmente contratta, perchè già esiste un vincolo giuridico, col caso di una fideiussione prestata per un'obbligazione futura, il cui adempimento *dipenderà* dalla volontà del futuro creditore, poichè manca un vincolo giuridico.

In quest'ultima ipotesi l'obbligazione del fideiussore nasce solo nel giorno in cui l'obbligazione principale sia contratta, non potendo sussistere un'obbligazione accessoria e sussidiaria senza la principale; e conseguentemente finchè l'obbligazione principale non sia effettivamente contratta, il fideiussore può revocare il proprio consenso, senza incorrere in alcuna responsabilità, se ha notificato al creditore il cambiamento di volontà.

Il vincolo che il fideiussore assume, nel primo caso, quantunque produca effetto soltanto se il creditore adempirà la sua obbligazione, è tuttavia irrevocabile fin dal momento in cui esso è assunto, nello stesso modo che, *pendente conditione*, è irrevocabile per parte di un debitore condizionale, l'impegno da lui contratto. In altri termini, fra il creditore futuro e il fideiussore si forma un vincolo giuridico che il fideiussore, anche prima che sorga l'obbligazione principale, non può revocare senza incorrere nella responsabilità verso il creditore e verso i terzi di buona fede, se questi ignoravano l'avvenuta revoca della fideiussione. Altrimenti il principio

Digitized by Google

che la fideiussione di un'obbligazione futura è valida, resterebbe lettera morta (1).

Del resto il concetto di POTHIER, benchè non sufficientemente precisato dal suo autore, non è quale è apparso al PONT.

Dopo aver detto che la obbligazione del fideiussore comincierà a esistere soltanto dal giorno in cui l'obbligazione principale sarà contratta, POTHIER scrive: « Secondo questi principii io potrò bensì anche oggi costituirmi fideiussore verso te per una somma di mille scudi che *hai intenzione* di prestare a Pietro; ma l'obbligazione risultante da questa fideiussione non comincerà ad avere effetto se non dal giorno in cui tu avrai effettivamente fatto il prestito a Pietro; e fino a tanto che tu non lo hai fatto, e che la cosa sarà intera, io potrò cangiare di volontà notificandoti di non fare questo prestito a Pietro, mentre io non intendo di far più oltre fideiussione per lui ».

Come si vede, POTHIER contempla non il caso di una fideiussione prestata per una vera e propria obbligazione futura, ma la fideiussione di un prestito che il capitalista non si è ancora effettivamente *impegnato* di fare. È quindi logico che il fideiussore, avendo fatto soltanto una *promessa* per garantire un impegno non ancora formato, possa revocare il proprio consenso prima che il prestito sia fatto. Ma egli non potrebbe revocare il suo consenso se il capitalista si fosse effettivamente vincolato a fare il prestito, ad es., dentro un anno, mentre lo stesso capitalista non potrebbe sciogliersi dal proprio impegno (2).

452. — Queste garanzie di obbligazioni future possono essere determinate dalle esigenze degli affari. Suppongasi che un tale sappia di dover contrarre un mutuo, per una determinata epoca, con un capitalista che esigerà una garanzia. Suppongasi inoltre che il futuro mutuatario sappia che colui il quale presterà la fideiussione sarà assente per quell'epoca. In tal caso, quest'ultimo potrà validamente costituirsi fide-

(1) In questo senso: LAURENT, n. 131; GUILLOUARD, n. 53, p. 57-58; MIRABELLI, n. 6, p. 397; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 950, p. 466.

(2) Vedi gli autori citati alla nota precedente.

Digitized by Google

iussore per il mutuo futuro. Lo stesso si dica per il caso di una vendita futura o d'altro contratto.

453. — *Fideiussione di obbligazione indeterminata*. — Nel silenzio della legge sulla validità della fideiussione che acceda ad una obbligazione indeterminata sono applicabili i principii generali intorno all'oggetto dei contratti. E poichè la legge dichiara che la cosa la quale forma oggetto del contratto dev'essere determinata almeno nella sua specie, e che la quantità della cosa stessa può essere incerta purchè si possa determinare (Cod. it., art. 1117). così è valida la fideiussione prestata per un debito determinato nella sua qualità, e indeterminato ma determinabile nell'ammontare (1): ad esempio per tutto quanto il debitore può dovere al creditore quando tale debito possa essere determinato con la produzione dei titoli per parte del creditore (2), a quello stesso modo che si può garantire un'intera gestione, una serie di operazioni non ancora compiute, o una tutela (L. 8, § 4, D. *h. t.*), ossia obbligazioni indeterminate.

454. — Quando la fideiussione accede ad una obbligazione indeterminata non è neppur necessario che il fideiussore conosca il creditore e che l'atto di fideiussione indichi quest'ultimo perocchè l'indicazione della persona del creditore non è essenziale per l'obbligazione del fideiussore (3).

Secondo una opinione il patto col quale taluno si obbliga a garantire un debito indeterminato che risulterà a carico di un terzo verso un creditore ancora sconosciuto, non costituisce una fideiussione completa ma una *promessa* di fide-

(1) In senso diverso il diritto mussulmano, per il quale (art. 946) la fideiussione dovendo essere determinata dal contratto, non può estendersi a una obbligazione indeterminata anche in quanto concerne le spese giudiziali che sopravverranno per ottenere il pagamento di un credito determinato.

(2) Laurent, n. 132; Dalloz, n. 67; Guillouard, n. 18, p. 22, con le sentenze e gli autori ivi citati in nota 1; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 951, p. 467. Confr. Cod. civ. argentino, art. 1993.

(3) Cass. franc., 9 novembre 1875 (*Sirey*, 1876, I, 153); Guillouard, n. 18, p. 22, n. 28, p. 33, e n. 58-*bis*, p. 69; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 951, p. 467. — Conforme: Entsch. des Bundesgerichts, 5 märz 1897, i. S. Bringolf c. Träubler, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. XVI, 1897, beilage, n. 65, p. 93.

Digitized by Google

iussione; perchè la fideiussione, come ogni contratto, non può formarsi se non col concorso delle volontà delle due parti: di colui che l'offre e del creditore che l'accetta. Per la qual cosa tale promessa può essere revocata fino al momento in cui l'obbligazione principale sarà conclusa (1).

Secondo un'altra opinione invece, la promessa, una volta accettata dal debitore, costituisce un obbligo di garantire e non può più essere revocata di fronte al creditore (2).

Noi distinguiamo i rapporti tra il promettente e il debitore, dai rapporti fra il promittente e il creditore. La promessa di garantire può invero esser fatta al debitore o al creditore sconosciuto o non ancora designato nell'atto di fideiussione. Nella prima ipotesi è indiscutibile che dal momento in cui il *debitore* ha accettato la promessa, questa non può più esser revocata, a suo riguardo, dal promettente il quale è vincolato dalla sua stessa volontà. Ma nella seconda ipotesi è altrettanto indiscutibile che fino a quando la obbligazione principale, per la cui considerazione è stata fatta la promessa di garanzia, non è conclusa, non si ha, riguardo al *creditore*, un vero contratto di fideiussione, ma una semplice promessa perchè, nei rapporti col creditore, la fideiussione non può esistere senza l'accettazione di quest'ultimo. Per conseguenza è evidente che fino al momento di tale accettazione la promessa può esser revocata.

455. — Si può anche garantire mediante fideiussione il saldo che risulterà da un conto corrente; il che è un'altra specie di fideiussione per obbligazione indeterminata.

A questo riguardo è da notare che il saldo è garantito dalla fideiussione anche se risulti da rimesse precedenti alla costituzione di tale garanzia; e ciò a cagione della *indivisibilità* del conto (3).

Incidentalmente poi notiamo i seguenti due casi relativi alla garanzia del saldo per somma determinata:

1° se la fideiussione fu data in origine per un credito

(1) Guillouard, n. 18, p. 22; n. 28, p. 33; n. 58-*bis*, p. 69.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 951, p. 467.

(3) Vivante, *Trattato di diritto comm.*, vol. III, n. 1220, p. 215-216, Torino, 1899; Cass. francese, 29 dicembre 1880 (*Dalloz*, 1881, 1, 54).

Digitized by Google

determinato che in seguito passò in conto corrente, ed il creditore, acconsentendo al passaggio, fece espressa riserva della fideiussione (arg. art. 1274, 1277 Cod. civ. it.), questa garantisce il saldo fino all'ammontare del credito garantito;

2° se poi, il credito (determinato) garantito fu destinato fino dall'origine ad essere inserito nel conto, in tal caso, come ben dice il VIVANTE (1), non è necessario che il creditore abbia fatto espressa riserva della fideiussione, poichè « non si può attribuire al garante altra intenzione che quella di garantire il saldo fino all'ammontare del credito garantito, imperocchè egli non può aver voluto seriamente riferire la propria garanzia ad un credito destinato a scomparire nella sua entità, nell'atto stesso in cui sorse per diventare un articolo inesigibile del conto corrente » (2).

456. — *Altri oggetti della fideiussione.* -- Data l'esistenza di un'obbligazione principale valida, la fideiussione è efficace sia che il debito garantito, come avviene per lo più nella pratica, consista nel pagamento d'una somma di denaro, sia che consista invece nell'obbligo di compiere o non compiere un determinato fatto o di consegnare una cosa determinata (3). Il quale principio, sancito dal Codice austriaco (§ 1350), e da altre legislazioni, quali l'argentina (arg. art. 1992), risulta all'evidenza dai lavori preparatorii del Codice francese. Il testo primitivo di quel Codice era infatti così espresso: « Celui qui se rend caution d'une obligation s'oblige envers le créancier *à lui payer*, au défaut du débiteur, ce que celui-ci lui doit » (4). Ma essendosi osservato al Tribunato che la disposizione doveva

(1) *Op. loc. citt.*

(2) Confr. Cod. comm. germanico (art. 356), il quale con nuova disposizione dichiara: « Lorsqu'une créance qui est garantie par un gage, une caution ou une autre sûreté se trouve comprise dans un compte courant, le créancier ne perd pas, par l'approbation du compte de clôture, le droit de chercher à se faire désintéresser, en usant de la sûreté affectée à sa créance, alors même que le solde qui lui revient couvre cette créance.

« Le tiers qui est tenu solidairement d'une obligation comprise dans le compte courant, peut se voir appliquer, pour le recouvrement de la créance, la disposition du paragraphe 1er ».

(3) PONT, II, n. 26; LAURENT, n. 128; GUILLOUARD, n. 51, p. 54-55; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 949, p. 465; GALDI, p. 22.

(4) FENET, XIV, p. 4.

Digitized by Google

comprendere ogni specie d'obbligazioni e non soltanto l'obbligo di pagare una somma di denaro, si adottò un nuovo testo così concepito: « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier *à satisfaire à cette obligation*, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » (1).

Si vedrà poi che allorquando l'obbligazione principale non ha per oggetto una somma di denaro o un valore apprezzabile in denaro, ma bensì un fatto o una prestazione che il debitore deve eseguire personalmente, il fideiussore è obbligato soltanto a risarcire i danni dovuti al creditore per l'inadempimento (2).

La fideiussione è poi efficace qualunque sia la natura della fonte dalla quale nasce l'obbligazione principale: legge, contratto, quasi-contratto, delitto o quasi-delitto (3).

È superfluo avvertire che la fideiussione dell'obbligazione nascente da un delitto è valida soltanto quanto alle conseguenze del *delitto commesso*; ma non è valida se tende a *favorirne l'effettuazione* (ad esempio, se la fideiussione è diretta a garantire l'autore del futuro delitto contro la responsabilità pecuniaria del suo reato); perocchè la causa di tale fideiussione sarebbe illecita (4).

457. — *Fideiussione di obbligazione naturale.* — È assai complessa la controversia se sia valida la fideiussione prestata per un'obbligazione naturale.

In diritto romano la validità di tale garanzia era ammessa (5); ma non ogni obbligazione naturale era sufficiente (6). Così la fideiussione non era valida quando si trattava di obbligazioni riprovate dalle leggi, come nel caso di un fideiussore il quale avesse interceduto per una donna obbligatasi contro il divieto del senato-consulto Velleiano (7).

Nel diritto francese anteriore al Codice era pure ammessa la validità della garanzia in discorso. Ecco le parole di

(1) Fenet, XV, p. 27.

(2) Vedi *ultra*.

(3) Troplong, n. 50; Guillouard, n. 54, p. 58; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 949, p. 465. Confr. Cod. argentino, art. 1993.

(4) Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 8; Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 949, p. 465.

(5) L. 6, § 2; L. 7; L. 16, § 3, D. *h. t.*

(6) Vedi Windscheid, § 288, n. 4, e § 289.

(7) L. 16, § 2, D. *ad Senat. Vell.*; L. 14, Cod. *h. t.*

Digitized by Google

DOMAT (1): « On peut aussi donner caution de cette sorte d'obligation qu'on appelle simplement naturelle, car dans ces sortes d'obligations, il se forme un engagement naturel, que celui qui s'en rend caution fait valoir en sa personne, encore qu'en la personne du principal obligé il soit inutile ».

Fra le legislazioni odierne, il principio della validità della fideiussione di una obbligazione naturale è espressamente dichiarato dal Codice chileno (art. 2338); dell'Uruguay (articolo 2066) (2); columbiano (art. 2364); argentino (art. 1993); mentre le legislazioni francese e italiana e quasi tutte le altre di tipo francese, nonchè le legislazioni austriaca, germanica e il Cod. federale svizzero tacciono su ciò.

458. — Posto ciò nel diritto positivo vigente, oltre alle obbligazioni giuridiche perfette (civili) è ammissibile una categoria di obbligazioni imperfette (naturali)?

L'analisi delle numerose dottrine, nelle quali si è divisa l'elaborazione scientifica del concetto di obbligazione naturale, non spetta ad un trattato della fideiussione. A noi incombe soltanto l'obbligo di ricordare come, mentre nel diritto romano è indiscutibile, come si disse, l'esistenza di obbligazioni dette *naturales tantum* in contrapposto alle civili (obbligazioni che producevano alcuni effetti giuridici, ma sprovviste di azione), nel diritto moderno, accanto ad una teoria che ammette la odierna esistenza delle obbligazioni naturali, un'altra la nega. Sicchè nel diritto odierno la discordia è assai più grave che in diritto romano, dove si ha soltanto un dissenso tra i romanisti sul *fondamento* dell'obbligazione naturale e sul numero dei casi da comprendersi nel detto concetto (3).

459. — I *principali* argomenti addotti per escludere dal diritto odierno la figura dell'obbligazione naturale sono i seguenti: 1° poichè il concetto di tale obbligazione è quello

(1) DOMAT, *Les lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. I, n. 5.

(2) Confr. i Codici di Zurigo (art. 1782); Berna e Soleure (LEHR, *Élém. de droit civil germanique*, n. 224, p. 271).

(3) Vedi su tali questioni, per il diritto romano: SCHWANERT, *Die Naturalobligation*, Göttingen, 1861; BRINZ, *Pandekten*, vol. II, parte I, Deichert, 1879; FRENZEL, *Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio* (Leipzig, 1897), in POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, p. 44-49, Verona-Padova, 1898; FADDA, *Intorno ad un preteso effetto delle obbligazioni naturali in diritto attuale* (*Arch. giur.*, vol. 36, p. 195-237); DE CRESCENZIO, in *Enciclopedia giuridica it.*, vol. XII, parte I, p. 4-88.

Digitized by Google

di un diritto sfornito di azione, ed essendo che il diritto odierno non fa del diritto e dell'azione due cose a sè stanti, ma, al contrario, le congiunge indissolubilmente, non sono ammissibili casi di vera *obligatio naturalis* (1); 2° l'art. 1237 Cod. civ. it. è una pura reminiscenza del diritto romano, inconsideratamente introdotta nel diritto odierno, e che mentre in quello aveva la sua base nella distinzione e contrapposizione del diritto naturale e del civile, non ha più alcun fondamento in diritto odierno, perocchè il diritto civile afferma oggi di non aver altra fonte che la ragione e la natura delle cose, e quindi il diritto naturale e il civile si confondono (2); 3° l'espressione *obbligazioni naturali* adoperata nel citato art. 1237 equivale a *doveri morali o di coscienza,* l'adempimento dei quali non può essere imposto dalla legge, mentre la ripetizione di quanto siasi pagato in esecuzione d'essi non può essere ammessa senza riconoscere una immoralità (3).

460. – A questa dottrina che è prevalente si obbietta, fra l'altro, da chi ammette invece l'esistenza odierna delle obbligazioni naturali che: 1° non si deve mai ammettere con tanta facilità che il legislatore dica cose inutili, accenni ad istituti che in realtà non esistono, oppure adoperi per significare un dato concetto espressioni proprie di un concetto diverso, mentre « nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal *proprio significato* delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore ». (Disposiz. prel. del Cod. civ. italiano, art. 3); 2° è bensì vero che, a differenza del sistema romano (in cui un diritto in tanto era munito d'azione in quanto questa azione gli fosse stata accordata espressamente) oggidì ad ogni diritto si deve ritenere *connaturale* l'azione considerata come il diritto stesso esercitato in giudizio; ma non è detto per questo che un rapporto giuridico cessi d'esistere come tale perchè la legge lo priva di questa esperibilità in giudizio: dei mezzi di protezione, certamente più languidi, potranno restargliene ancora, e fra questi, capitale,

(1) Fadda, *op. cit.*, p. 211.

(2) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi,* 2ª ediz., vol. IV, p. 11-12.

(3) Questa opinione è del Giorgi, *Teoria delle obbligazioni,* vol. I, n. 35 e seg., il quale reputa inesistente la figura della obbligazione naturale per ragioni analoghe a quelle su esposte.

Digitized by Google

la eccezione della *soluti retentio*; 3° se è vero in massima che oggi è cessato il dualismo fra il rigido diritto civile e l'equità o diritto naturale, ciò non conduce tuttavia a negare l'esistenza attuale delle obbligazioni naturali, potendo darsi che per ciò appunto che il legislatore odierno, nel dettare le sue norme, tiene calcolo egli stesso dell'equità e del diritto naturale, dalle esigenze loro sia stato tratto in qualche caso ad elevare di un gradino, trasportandoli nella sfera giuridica, sia pure come semplici obbligazioni naturali, dei rapporti che sarebbero rimasti altrimenti nel puro dominio dell'etica; ovvero ad abbassarli di un gradino riducendo allo stato di semplici obbligazioni naturali, col togliere l'azione, taluni rapporti che altrimenti si sarebbero dovuti considerare come vere e proprie obbligazioni civili; del quale ultimo procedimento porge esempio il sistema italiano conforme al francese, a proposito dei debiti derivanti dal contratto di giuoco o di scommessa (Cod. it., art. 1802-1804; franc., art. 1965-1967); 4° nella sempre crescente varietà dei negozi giuridici non può escludersi che spuntino nuovi conflitti, forse neppure immaginati dal legislatore, fra i due principî dello stretto diritto e dell'equità, a risolvere i quali soccorra questa figura dell'obbligazione naturale (1).

461. — È inutile al nostro assunto, che ora esporremo, l'analisi delle varie teorie circa il *fondamento* e gli *effetti* dell'obbligazione naturale in diritto odierno; delle quali teorie alcune cercano tale fondamento fuori del diritto positivo (2), mentre altre lo ricercano nello stesso diritto positivo (3).

(1) È autore di queste argomentazioni, qui riassunte, il Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile ital.*, I, n. 22, p. 53-55. Confr. Id., *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali, a proposito di uno scritto del prof. Simoncelli* (in *Mon. Trib.*, 1890, p. 813-817).

(2) Vedi: Pothier, *Trattato delle obblig.*, I, n. 175; *Lavori preparatorî del Cod. francese*, in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, p. 264 e 340, Paris, 1836; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, tomo IV, sull'art. 1235, n. 6, Paris, 1885; Borsari, *Commentario del Cod. civ. it.*, vol. III, parte II, sull'art. 1097, § 2272, Torino, 1877; De Massol, *De l'obligation naturelle*, etc., p. 218, Paris, 1862; Zachariae, *Cours de droit civil français*, tomo I, § 297, Bruxelles, 1850. — Vedi le critiche di questi sistemi fatte dal Polacco, *op. cit.*, p. 57-60.

(3) Laurent, *Principes de droit civil*, XVII, n. 1 e seg.; De Crescenzio, in Polacco, *op. cit.*, p. 61-62; Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza*

Digitized by Google

Per la stessa ragione accenniamo soltanto, senza discuterle le diverse opinioni circa gli *effetti* della obbligazione naturale. Rispetto ai quali, mentre alcuni autori, fondandosi sul testo della legge, sui lavori preparatorii del Codice francese (1), e sull'opinione di POTHIER (2), non ammettono altri effetti oltre la *soluti retentio* (Cod. civ. it., art. 1237; Cod. francese, art. 1235), altri invece, i quali considerano l'obbligagazione naturale quale un *vincolo giuridico*, ma sprovvisto di azione, ammettono altri effetti, e precisamente tutti quelli effetti delle obbligazioni « i quali non si risolvano in una coercizione del debitore al pagamento, ch'è il solo effetto che manca per la mancanza dell'azione » (3), ossia tutti gli effetti che siano compatibili con l'obbligazione naturale (non per esempio la compensazione).

462. — La inammissibilità della fideiussione prestata per una obbligazione naturale è sostenuta da una dottrina autorevole (4) cui aderiamo; ma vi aderiamo per ragioni dissimili da quelle da altri esposte per dimostrare il medesimo assunto.

Noi crediamo che in diritto positivo per le legislazioni che seguirono la francese anche in questa materia (come è per la legislazione italiana), per decidere se la fideiussione possa accedere ad un'obbligazione naturale, si debba non già discutere astrattamente se sia o no ammissibile l'esistenza di obbligazioni naturali, ma applicare la citata disposizione

del diritto civile, p. 24-36, Camerino, 1880; POLACCO, *op. cit.*, n. 25, p. 62-76, autore di una nuova dottrina, dalla cui opera abbiamo tratto profitto in questa rapida esposizione delle principali teorie relative al nostro argomento.

(1) Parole dell'oratore del Governo, BIGOT-PRÉAMENEU, in FENET, XIII, pag. 264.

(2) *Op. cit.*, n. 195.

(3) POLACCO, *op. cit.*, n. 26, p. 75.

(4) LAURENT, *op. cit.*, t. XXVIII, n. 141-142; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, § 424, testo e nota 5; CORSI, *op. cit*, p. 38-39; MIRABELLI, *op. cit.*, n. 7, p. 403; GALDI, *op. cit.*, p. 25; CHIRONI, *Ist.*, vol. II, § 313; RICCI, *op. cit.*, n. 326 — Cass. di Roma, 6 novembre 1879 (*La Legge*, 1880, 23). — Confronta GIORGI, *Teoria delle obbligaz.*, vol. I, n. 57-59. — Contro: GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 54, p. 58-61; PONT, *Des petits contrats*, t. II, n. 36-41; LAROMBIÈRE, *Des obligations*, III, art. 1235, n. 10; BORSARI, *Comm.*, § 4068, p. 307-308; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 947, p. 463-464; VIDAL, *Revue étr. et franç. de législ.*, VIII, 1842, p. 378.

Digitized by Google

legislativa per la quale « la fideiussione non può sussistere che per una obbligazione valida » (Cod. civ. it., art. 1899 e gli altri Codici citati).

La legge consente che la fideiussione sia prestata soltanto per una *obbligazione valida*. E *valido*, nel senso tecnico della parola, è ciò che ha le condizioni volute dalla legge a fine di produrre il suo effetto, a fine cioè di essere efficace. La legge esige pertanto che l'obbligazione garantita abbia i requisiti necessari per essere efficace.

Ciò posto, sia pur vero che l'obbligazione naturale non ha il suo fondamento fuori del diritto positivo, ossia nè nel campo della morale o della coscienza, nè in quello del diritto naturale o filosofico, nè nella *aequitas*, nè nel *jus gentium*. Sia vero invece che il fondamento della detta obbligazione è riposto nello stesso diritto positivo in quanto l'obbligazione naturale, nella sua essenza, non è che un'obbligazione civile, mancante di azione perchè consiste o in un rapporto che per ragioni d'ordine pubblico non fu assunto al grado di obbligazione civile, oppure in un rapporto che, in origine perfetto, è estinto per cause d'ordine pubblico diverse dall'adempimento voluto dalle parti (1).

Ma tutto ciò se significa che l'essenza della obbligazione naturale è, in fondo, eguale a quella dell'obbligazione civile, in quanto presuppone, alla pari di questa, un rapporto giuridico fra due parti avente per oggetto una determinata prestazione, non significa però che l'obbligazione naturale sia una obbligazione *valida* nel senso inteso dai legislatori nella riferita disposizione; perocchè non è valida una obbligazione mancante di azione, ossia del mezzo per farla diventare efficace. Se la legge avesse voluto permettere che la fideiussione accedesse ad una obbligazione anche naturale, avrebbe

(1) Consulta Chironi, *Istit. di dir. civ. it.*, II, § 250, e confr. Polacco, *op. cit.*, n. 25, p. 64, il quale, a differenza di altri, deduce il carattere dell'obbligazione naturale dall'intrinseca natura del rapporto, e insegna che il criterio distintivo dell'obbligazione naturale dai semplici *doveri morali*, i quali non sono neppure virtualmente coercibili, è questo : è coercibile la prestazione so diretta ad attuare quella norma fondamentale della giustizia che è racchiusa nel *suum cuique tribuere*. L'obbligazione naturale, a differenza dei doveri morali, è *virtualmente coercibile* (pag. 63-68), e con la inosservanza di essa si viola la detta norma di giustizia.

Digitized by Google

dichiarato soltanto che la fideiussione non può sussistere senza una obbligazione principale, e non avrebbe aggiunto che quest'ultima deve essere valida; il che esclude le obbligazioni mancanti di azione.

463. — A questa dottrina si ribella, fra i moderni, un giureconsulto francese, il GUILLOUARD (1), per i seguenti motivi:

1° nel silenzio del Codice sull'obbligazione naturale è da ritenere che non siasi inteso di derogare alle tradizioni, e che, come la legge riconosce espressamente, nell'art. 1235 Cod. franc. (Cod. it., art. 1237) la validità del pagamento dell'obbligazione naturale, come si ammette che questa obbligazione può esser novata, così si deve ammettere che può esser garantita da fideiussione;

2° l'obbligazione naturale ha un oggetto lecito, e ciò che la rende inefficace è il difetto d'azione presso il creditore; ma se il debitore soddisfa tale obbligazione, se la nova, o se un terzo prende l'impegno di pagarla, la *causa civilis* apparisce e l'obbligazione naturale diventa efficace;

3° l'intervento del fideiussore allo scopo di dare al creditore dell'obbligato naturalmente la certezza d'esser pagato, è una convenzione favorevole che si potrebbe annullare soltanto se vi fosse un testo formale che proibisse la fideiussione di una obbligazione naturale;

4° l'art. 2012, § 2, Cod. franc., fornisce un argomento di cui non va esagerata l'importanza, ma che è abbastanza grave: questo testo autorizza la fideiussione di un'obbligazione annullabile per un'eccezione personale all'obbligato, ad esempio, per la minorità. Dunque ogniqualvolta si ha un vincolo giuridico, sia pure imperfetto, tra il debitore principale e il creditore, vi può essere una fideiussione valida, mentre l'intervento del fideiussore ha per risultato di completare, almeno in quanto lo concerne, l'efficacia dell'obbligazione principale.

Noi rispondiamo che:

1° la inammissibilità della fideiussione di una obbligazione naturale risulta dalla legge stessa in quanto esige per la sussistenza della fideiussione un'*obbligazione valida* mentre

(1) N. 54, p. 59-60. Seguono sostanzialmente questa dottrina il BAUDRY-LACANTINERIE e il WAHL, *op. cit.*, n. 947, p. 463-464.

Digitized by Google

non è tale l'obbligazione naturale. E se in massima l'avere la legge riconosciuto tra gli effetti dell'obbligazione naturale soltanto la *soluti retentio*, non è argomento per escludere ogni altro effetto, d'altra parte non si può in concreto da tale riconoscimento dedurre l'ammissibilità di un effetto punto analogo qual'è la validità della fideiussione della stessa obbligazione naturale. Perocchè mentre per la *soluti retentio* si ha un rapporto fra il debitore naturale e il creditore, la validità della detta garanzia riguarda direttamente il rapporto tra il creditore e un terzo;

2° se l'obbligazione naturale è inefficace perchè manca di azione, è inammissibile che possa diventare efficace per il fatto che un terzo prenda l'impegno di soddisfarla; perocchè quando si dice che un'obbligazione è efficace s'intende che dev'essere efficace di fronte al *debitore* mentre l'obbligazione naturale sarebbe pur sempre inefficace riguardo all'obbligato naturalmente, malgrado l'intervento del fideiussore. La *causa* adunque continua ad essere naturale e non civile;

3° la bontà dei motivi che possono giustificare l'intervento di un fideiussore per assicurare il pagamento di un'obbligazione naturale, non costituisce un argomento giuridico sufficiente a far riconoscere la validità di tale garanzia mentre la legge vi si oppone;

4° non si può argomentare dall'eccezione contenuta nell'art. 2012 Cod. franc. (Cod. it., art. 1899) perocchè non si devono estendere le disposizioni eccezionali; e quella da cui si vorrebbe argomentare è *eccezionalissima*, in quanto costituisce una grave deroga al principio generale, che richiede per la sussistenza della fideiussione una obbligazione valida.

Tra l'obbligazione naturale e l'obbligazione annullabile in forza di eccezioni personali all'obbligato è notevole la differenza. Ed è appunto in base a questa distinzione che mentre, per legge, non è ammessa la ripetizione riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte (Codice it., art. 1237 cit.), si ritiene invece che l'esecuzione delle obbligazioni contratte da persone incapaci, avvenuta durante lo stato di incapacità non ha efficacia e dà diritto a ripetizione d'indebito (1).

(1) Cass. Roma, 24 febbraio 1891 (*Foro it.*, 1891, I, 413).

Digitized by Google

464. — Ritenuto pertanto che la fideiussione delle obbligazioni naturali è inefficace per diritto odierno (a differenza del diritto romano), è inefficace la fideiussione di un'obbligazione *prescritta* (1); di un'obbligazione sorta dall'estinzione di un'obbligazione civile che cessò di esistere a causa di *sentenza assolutoria* data per mancanza di prove (2) o a causa del *giuramento decisorio* col quale il debitore siasi liberato (3).

Inefficace altresì la fideiussione di obbligazione avente per oggetto il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa (Cod. cit., art. 1802), salva l'eccezione per i giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo (id., art. 1803) col temperamento contemplato nel capoverso del citato art. 1803 (4). Riteniamo però che il fideiussore d'un debito di giuoco o scommessa non possa in nessun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato frode o dolo (arg., art. 1804 Cod. civ. it.; art. 1967 Cod. franc.) (5).

E, in generale, riteniamo non ripetibile quanto siasi volontariamente pagato dal fideiussore di un'obbligazione naturale,

(1) Contro Cod. civ. sassone, art. 1454. Sanciscono espressamente la *soluti retentio* per il pagamento di un debito prescritto: il Codice federale svizzero, art. 72; il Codice sassone, § 1522; austriaco, § 1431, e germanico, § 222. Consulta sulla qualità *naturale* di questa obbligazione Polacco, *op. cit.*, n. 29, pag. 78-79.

(2) Sulla qualità *naturale* di questa obbligazione vedi Polacco, *op. cit.*, n. 29, p. 79-80.

(3) Vedi la nota precedente.

(4) Il Baudry-Lacantinerie e il Wahl, n. 139, p. 62, i quali ammettono la validità della fideiussione di un'obbligazione naturale, dichiarano nulla la fideiussione d'un debito di giuoco per altra ragione, ossia perchè « il debito di giuoco essendo illecito, il creditore non deve avere alcun mezzo di farselo pagare ». Il Guillouard, *Traité des contrats aléatoires*, n. 68, e *Traité du cautionnement*, n. 58, che ammette anch'esso la validità della fideiussione di un'obbligazione naturale, dice che la fideiussione d'un debito di giuoco o scommessa è nulla benchè esista una obbligazione naturale, perchè l'obbligazione che nasce dal giuoco è nulla, non per l'incapacità personale dell'obbligato, a termini dell'art. 2012 Cod. francese (art. 1899 Cod. it.), ma per un *vizio reale*, ossia per l'immoralità intrinseca del giuoco e dei danni sociali che esso presenta. Confr.: Vidal, in *Rev. étr. et franç.*, VIII, p. 378; Laurent, XXVII, n. 218. — Cass. franc., 19 juin 1855 (*Sirey*, 1856, 1, 162); Trib. féd. suisse, 23 janvier 1892 (*Journ. des Trib.*, 12 mars 1892).

(5) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 140, p. 62.

Digitized by Google

argomentando dal principio dichiarato nell'art. 1237 Cod. italiano (art. 1235 Cod. franc.).

Ci arrestiamo a questa esemplificazione per non invadere, senza utilità, il campo riservato ai trattati delle obbligazioni.

465. — Se non si può validamente garantire mediante la fideiussione un'obbligazione naturale, possono tuttavia le parti assicurare l'adempimento della relativa prestazione mediante una regolare obbligazione *principale* diversa, per ciò, dalla fideiussione. Così, a nostro avviso, si può garantire l'adempimento della prestazione contenuta in una obbligazione naturale, mediante la *promessa del fatto altrui*, di cui parla il Cod. it. all'art. 1129. Già notammo che chi si obbliga verso un altro promettendo il fatto di una terza persona, non contrae una obbligazione accessoria, ma una obbligazione principale, in forza della quale il creditore ha soltanto diritto a una indennità verso colui che si è obbligato o che ha promesso la ratifica del terzo (garanzia *de rato*), se questi ricusa di adempiere l'obbligazione (art. cit.). In altri termini: chi promette il fatto altrui non si obbliga all'identica prestazione cui è tenuto il terzo (il che è proprio invece della fideiussione), ma soltanto a pagare una indennità nel caso che il terzo, la cui obbligazione o non esiste ancora, o esiste ma è difettosa, rifiuti di adempierla. Ne segue che, mentre si può prestar fideiussione soltanto per una obbligazione valida, si può invece promettere *de rato* anche per una obbligazione inefficace, come è l'obbligazione naturale. Se alcuno garantisse come fideiussione una obbligazione naturale, la sua obbligazione essendo *accessoria*, sarebbe inefficace perchè inefficace è l'obbligazione principale; ma poichè egli interviene promettendo il fatto altrui, la sua obbligazione è valida perchè è un'obbligazione *principale*, distinta da quella del terzo, di cui egli *non idem promittit*.

Non ci risulta che di tale massima esistano precedenti nella giurisprudenza; ma il principio per il quale le parti possono con speciale convenzione trasformare l'obbligazione naturale in una obbligazione civilmente efficace fu già accolto (1).

(1) Confr.: Cass. Roma, 15 novembre 1883 (*Legge*, 1884, I, 1); 6 novembre 1879 (*Ivi*, 1880, 23). — Per la dottrina confr. Windscheid, § 477, note 10 e 11:

Digitized by Google

466. — *Fideiussione per il venditore o compratore di cosa altrui.* — La fideiussione prestata per garantire il venditore o il compratore della cosa altrui è nulla in materia civile; valida in materia commerciale. Infatti, mentre l'articolo 1459 del Cod. civ. it. dichiara che la vendita della cosa altrui è nulla, l'art. 59 del Cod. comm. it. stabilisce il principio opposto, disponendo inoltre che il venditore è obbligato a fare l'acquisto della cosa stessa e a consegnarla al compratore sotto pena del risarcimento del danno.

Tuttavia anche in materia civile la fideiussione della vendita di cosa altrui può essere valida, se il venditore diventa proprietario della cosa venduta: in tale ipotesi si ammette che il compratore di cosa altrui non possa impugnare la vendita (1); per la quale circostanza il fideiussore non può impugnarla neppur esso non mancando in tal caso il fondamento della garanzia.

Adunque la differenza tra la fideiussione della vendita civile di cosa altrui e la fideiussione della vendita commerciale della cosa stessa si riduce a questo: che mentre in materia civile il fideiussore può impugnare il contratto finchè il venditore non sia divenuto proprietario della cosa venduta, in materia commerciale non può domandare la nullità del contratto stesso neppure prima che il venditore abbia acquistato la cosa.

Tralasciamo di esaminare altri casi, ad es. la fideiussione prestata per garantire il compratore di beni immobili contro l'azione di rescissione per lesione enorme, e la fideiussione accedente a un contratto simulato o compiuto in frode dei creditori, perchè tali casi non si prestano a considerazioni speciali, potendo essere risolti secondo i principii generali vigenti in materia di obbligazioni.

« Oggidì una malleveria assunta scientemente per una obbligazione *nulla* è da concepire come una promessa di indennità per il caso che il designato come obbligato non avesse a fare spontaneamente la prestazione alla quale egli giuridicamente non è vincolato ».

(1) Supino, *Ist. di dir. comm.*, n. 222, p. 184.

Digitized by Google

§ 4.

La fideiussione in rapporto alla causa dell'obbligazione principale.

SOMMARIO: 467. Principio direttivo. — 468. Mancanza di causa. — 469. Falsità della causa. — 470. Causa illecita.

467. — Senza addentrarci nelle sottili ricerche relative al concetto della *causa* dei contratti e ai suoi rapporti col *motivo* e con *l'oggetto* della convenzione (esame estraneo a questo lavoro), notiamo che la validità della fideiussione va determinata, in questa materia, in base agli articoli 1104 e 1119-1122 Cod. civ. it. che contemplano appunto la causa dei contratti.

Ne segue che se l'obbligazione garantita è senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, la fideiussione è inesistente, ossia non produce alcun effetto, come è inesistente e non può produrre effetti l' obbligazione principale (arg., art. 1119 Cod. cit.) (1). Ecco alcune applicazioni:

468. — a) *Mancanza di causa.* — È *inesistente* per questa ragione:

1° La fideiussione accedente ad una transazione di una lite che sia finita con sentenza passata in giudicato, della quale le parti, o una di esse, non avessero notizia (arg., art. 1776 Cod. cit.);

2° La fideiussione accedente ad un contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona che al tempo del contratto era già defunta (arg., art. 1795 Cod. cit.);

3° La fideiussione accedente ad una donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio, se il matrimonio non segue (arg., art. 1068 Cod. cit.).

469. — b) *Falsità della causa.* — Se il fideiussore errò sulla vera causa dell'obbligazione garantita, ma questa obbligazione principale sia fondata su giusta causa, e non sia nulla per altre ragioni, la fideiussione è ugualmente valida,

(1) Confr.: CHIRONI, *Ist. di dir. civ. it.*, vol. II, § 289, p. 50; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 944, p. 459-460, i quali fanno una lunga casistica.

Digitized by Google

perocchè essa conserva la propria causa giuridica, efficace a darle vita, per la relativa autonomia del rapporto accessorio.

Questo principio vale a più forte ragione se la causa diversa da quella espressa non diminuisca i diritti di surrogazione competenti al fideiussore, ove egli sia costretto a pagare in vece del debitore principale (1).

Del resto la falsità della causa rende *inesistenti* e l'obbligazione principale e la fideiussione, come se la causa fosse completamente mancata.

470. — c) *Causa illecita*. — La causa può essere illecita: 1° se contraria alla legge; 2° se contraria all'ordine pubblico o al buon costume.

1° caso: È, ad es., inesistente, perchè la causa è contraria alla legge, la fideiussione accedente ad una convenzione con cui il donante ha rinunciato al diritto di revocare la donazione per sopravvegnenza di figli (arg., art. 1084 Cod. civ. it.); la fideiussione prestata per una convenzione con cui il debitore rinunzi alla prescrizione, mentre questa non è ancora compiuta (arg., art. 2107 Cod. cit.); la fideiussione accedente ad una convenzione con cui siasi pattuito che il venditore non sarà tenuto neppure alla garantia per l'evizione risultante da un fatto suo proprio (arg., art. 1484 Cod. cit.); la fideiussione accedente a convenzioni matrimoniali con cui gli sposi deroghino ai diritti che appartengono al capo della famiglia, o a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, o alle disposizioni proibitive contenute nel Codice civile (arg., art. 1379 e 1380-1381 Cod. cit.) (2).

2° caso: Inesistente è la fideiussione accedente ad obbligazioni fondate su causa contraria al buon costume o all'ordine pubblico: ad es. la garanzia prestata per una convenzione con cui si prometta qualche cosa ad alcuno perchè commetta un delitto (3).

A questo riguardo si osservi che gli effetti della inesistenza della fideiussione derivante da causa illecita per turpitudine

(1) Corsi, p. 51; Cass. Roma, 20 giugno 1877, ivi citata.

(2) Confr. Trib. civ. Seine, 10 juillet 1889 (*Loi*, 30 juillet 1889).

(3) Pothier, *Trattato delle obbligaz.*, vol. I, n. 44. Confr.: Guillouard, n. 54, p. 58; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 944, p. 460, e n. 949, p. 465.

Digitized by Google

sono diversi dagli effetti derivanti dalla mancanza o falsità della causa. Se si tratta di obbligazione senza causa o fondata su causa falsa, l'esecuzione volontaria e la ratifica non valgono a sanare l'inesistenza; nè si può ripetere quanto siasi pagato. Se invece si tratti di obbligazione fondata sopra una causa turpe, la dottrina e la giurisprudenza fanno una sottodistinzione: se la causa è turpe soltanto rispetto a colui che ha ricevuto la pattuita mercede, il promittente può esercitare la ripetizione di quanto abbia pagato; ma se la causa è turpe rispetto ad entrambi i contraenti, la ripetizione non è ammessa poichè si applica la regola « in turpi causa, melior est conditio possidentis » (1).

Si noti da ultimo che la causa dei contratti si presume sino a che non si provi il contrario (art. 1121 Cod. cit.).

§ 5.

La fideiussione in rapporto alle forme estrinseche delle obbligazioni.

SOMMARIO: 471. Forme richieste *ad essenza* e *ad probationem*.

471. — Di queste alcune sono richieste *ad essenza*, ossia come elemento necessario alla formazione della convenzione. La fideiussione accedente ad una obbligazione mancante di una forma essenziale è inesistente perchè inesistente in diritto è la detta obbligazione principale. Così si dica, ad es., nel caso di una fideiussione accedente ad una donazione non fatta per atto pubblico (art. 1056 Cod. civ. it.), o ad un contratto di matrimonio non stipulato per atto pubblico (art. 1382 Codice citato), o ad una delle convenzioni enumerate dall'art. 1314 Cod. cit. non fatta per atto pubblico o scrittura privata (2).

Altre forme estrinseche sono prescritte soltanto *ad probationem*; e la loro mancanza non produce la nullità della obbligazione principale. Conseguentemente è valida la fideiussione che ad essa acceda.

(1) Cass. Roma, 21 marzo 1887 (*Legge*, 1887, II, 38) — CORSI, p. 52-53.

(2) DALLOZ, n. 50; LAURENT, n. 133; BIANCHI, *op. cit.*, n. 101, p. 629 e seg., p. 664 e seg.

Digitized by Google

SEZIONE III.

La volontà del fideiussore in rapporto alla nullità e annullabilità dell'obbligazione garantita e delle garanzie concorrenti.

SOMMARIO: 472. Conoscenza e ignoranza della nullità dell'obbligazione principale. — 473. La volontà dei contraenti. — 474. L'annullabilità dell'obbligazione garantita per incapacità del debitore. — 475. Annullabilità dell'obbligazione garantita per causa di errore, violenza o dolo. — Se il fideiussore possa esercitare l'azione di nullità della fideiussione fondandosi sull'annullabilità dell'obbligazione garantita. — 476. L'effetto della *conferma* del debito principale. — 477-478. Eccezione di nullità dell'obbligazione principale per causa di errore, violenza o dolo. — 479. Conoscenza del vizio del debito principale. — 480. Garante in qualità di obbligato principale. — 481. Fideiussione prestata con la condizione del concorso di un'altra fideiussione. — 482. Fideiussore del fideiussore. — 483. Fideiussione prestata in considerazione d'un'ipoteca consentita dal debitore.

472. — Dato che una fideiussione acceda ad una obbligazione nulla, conviene decidere se il vincolo del fideiussore, nullo come fideiussione, possa valere sotto altro titolo. A tale scopo è necessaria una distinzione.

Se il fideiussore, all'atto di obbligarsi, ignorava la invalidità dell'obbligazione principale, il vincolo non può valere sotto alcun titolo, perocchè il fideiussore ha inteso di obbligarsi a titolo di fideiussione, ed essendo questa nulla, non è lecito attribuirgli arbitrariamente una diversa volontà di vincolarsi sotto altro titolo, dovendosi nei contratti rispettare l'intenzione delle parti (1) (art. 1131 Cod. civ. it.).

Se il fideiussore nell'atto di obbligarsi conosceva la nullità dell'obbligazione principale, il vincolo, secondo una dottrina, sarebbe valido come obbligazione principale non potendosi supporre che il fideiussore abbia inteso di assumere una obbligazione accessoria, mentre sapeva che dopo il pagamento egli non avrebbe alcun regresso verso il debitore: « A moins de lui attribuer la pensée d'avoir voulu contracter elle-même un engagement nul, ce qui est contraire aux principes, on

(1) Conformi BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 952, p. 467.

Digitized by Google

doit supposer qu'elle a voulu s'engager à payer la prétendue dette principale » (1). Questa stessa dottrina ammette tuttavia che tale soluzione non è assoluta perchè il fideiussore vincolandosi per garantire un debito che sapeva nullo, può aver considerato l'eventualità che il debitore non invocasse la nullità; nel qual caso il vincolo del fideiussore è nullo come il rapporto garantito.

473. — Noi crediamo che se la nullità dell'obbligazione principale era nota al fideiussore, si debba indagare *id quod actum sit*, ossia la volontà delle parti contraenti. Se risulta che il preteso fideiussore intese veramente non di obbligarsi come tale, ma di assumere un'obbligazione principale, il vincolo, vale come rapporto principale semprechè risponda alle condizioni richieste per la sua esistenza (2): e la sua precisa natura dipende dalle circostanze e dalle manifestazioni espresse o tacite della detta volontà, nulla importando, in tal caso, che le parti abbiano definito impropriamente come fideiussione un rapporto di diversa natura e di differente contenuto, poichè si deve aver riguardo non al senso letterale delle parole adoperate dalle parti, ma alla loro intenzione (art. cit.).

Se, al contrario, non risulta che siavi stata nel fideiussore la volontà di obbligarsi a titolo di debitore principale, ma risulta invece che effettivamente il fideiussore intese di vincolarsi come tale, crediamo che il vincolo non possa valere nè come fideiussione nè sotto nessun altro titolo, perchè, come si disse, non essendovi in questo caso alcuna ambiguità nel contratto, non è lecito presumere arbitrariamente che la parte abbia inteso di obbligarsi come debitore principale, o, in generale, a un titolo diverso dalla fideiussione, mentre tale presunzione contrasta con la manifestazione della sua volontà, che sola può dar vita all'obbligazione (3). Non si tratta adunque

(1) Autori citati nella nota precedente, n. 952, p. 467-468.

(2) Diciamo ove risponda alle volute condizioni; epperò, ad es., la fideiussione di una donazione nulla per difetto di forma non può valere neppure come donazione perchè mancante delle forme volute dalla legge per le donazioni. Vedi: VIDAL, in *Rev. étr. et franç. de législ.*, 1842, p. 379; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 953, p. 468. Confr. GEIB, *op. cit.*, § 9, n. 3, p. 148-149.

(3) La massima per la quale, quando le parole di un contratto non presentano alcuna ambiguità il giudice non può fare indagini per interpretare la

Digitized by Google

di attribuire *arbitrariamente* al fideiussore la intenzione di garantire un'obbligazione nulla, ma di far discendere dalla volontà da lui manifestata le logiche conseguenze.

Soltanto nel caso di dubbio, quando cioè le espressioni adoperate dal dichiarante ammettessero due sensi, secondo il primo dei quali la sua obbligazione sarebbe fideiussoria e nulla, e secondo l'altro sarebbe un'altra obbligazione valida e non fosse possibile determinare a quale dei due sensi il dichiarante abbia voluto riferirsi, si dovrebbe interpretare la volontà del dichiarante *magis ut actus valeat quam pereat* secondo la massima consacrata dalla stessa legge (art. 1132 Cod. civ. it.).

474. — La fideiussione può accedere ad una obbligazione annullabile per causa di incapacità del debitore principale (1).

In tal caso il fideiussore rimane obbligato sia che abbia conosciuto, sia che non abbia conosciuto il vizio dell'obbligazione garantita; perocchè la legge italiana, come la francese, non fa dipendere la validità di tale fideiussione dalla conoscenza che il fideiussore avesse della incapacità del garantito. Tale è il senso che risulta dalle espressioni del citato art. 1899 Cod. it. (Cod. franc., art. 2012) dove è genericamente dichiarato che « può prestarsi la fideiussione per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all' obbligato, ecc. », senza alcun accenno alla conoscenza del vizio per parte del fideiussore.

E ciò a differenza di altri Codici, fra i quali lo svizzero (art. 492 cit.) e il messicano (art. 1820) che sanciscono la validità della fideiussione, come tale, a condizione che il fideiussore conoscesse il vizio dell'obbligazione garantita (2).

Adunque, per la legge italiana e francese, è possibile l'esistenza di una fideiussione prestata per un incapace, ancorchè

volontà dei contraenti, fu consacrata anche dalla giurisprudenza. — Vedi: Cass. Roma, 2 febbraio 1894 (*Legge*, 1894, I, 368); App. Lucca, 2 marzo 1894 (*Foro it.*, 1894, I, 442).

(1) Vedi *retro*.

(2) Vedi *retro*, n. 428.

Digitized by Google

il debitore principale faccia annullare la propria obbligazione (1), tale essendo il senso che risulta dallo spirito e dalla lettera delle riferite disposizioni. Ossia è possibile, per eccezione, una fideiussione senza il fondamento costante di una valida obbligazione principale, perocchè questa che, da principio, serve di base alla garanzia, vien meno con l'esercizio dell'azione di annullamento per parte del debitore. Il che, come notammo, è contrario all'essenza della fideiussione (2).

475. — Dobbiamo ora esaminare gli effetti della annullabilità dell'obbligazione principale per causa di errore, violenza o dolo, relativamente al fideiussore per il caso in cui il debitore principale non eserciti l'azione di nullità.

Distinguiamo l'ipotesi in cui il fideiussore ignorava, originariamente, il vizio dell'obbligazione garantita, dal caso in cui il fideiussore lo conosceva.

Nella prima ipotesi il fideiussore può proporre egli stesso l'azione di nullità della propria obbligazione fideiussoria per causa di errore, violenza o dolo inerenti all'obbligazione da lui garantita, qualora il debitore principale non eserciti egli stesso l'azione di nullità della propria obbligazione, e non abbia confermato l'obbligazione difettosa.

Il fideiussore che ignorava originariamente il vizio, ha infatti un interesse legittimo per proporre l'azione di nullità della propria obbligazione sussidiaria, perocchè se il debitore principale non esperisce l'azione di nullità della propria obbligazione, il fideiussore permane obbligato in quanto l'obbligazione garantita è non inesistente, ma soltanto annullabile. Il fideiussore ha pertanto un interesse di far dichiarare nullo il rapporto garantito, al fine di essere prosciolto dalla garanzia. Egli può esercitare la detta azione di nullità della fideiussione *jure proprio*, poichè l'errore, la violenza e il dolo sono cause di nullità non personali al debitore, ma inerenti al debito (3). Epperò il fideiussore non è tenuto ad attendere che il debitore principale faccia valere egli stesso tali cause

(1) Questo principio è dichiarato in modo espresso dal citato Codice civile messicano, art. 1820.

(2) Vedi *retro*, n. 432-433.

(3) Vedi *retro*.

Digitized by Google

di nullità, ma ha il diritto di valersene personalmente siccome di nullità che direttamente investono la sua obbligazione fideiussoria. La fideiussione infatti può bensì prestarsi per un'obbligazione annullabile; ma in tal caso essa sussiste soltanto precariamente, ossia finchè non sia dichiarata la nullità del rapporto garantito. E nessun principio razionale nè alcuna disposizione legislativa autorizzano a ritenere che il fideiussore possa essere prosciolto dalla fideiussione prestata per un'obbligazione annullabile, soltanto se la nullità venga dichiarata su azione promossa dal *debitore*. Al contrario i principii che governano la fideiussione inducono a ritenere che il proscioglimento del fideiussore può aver luogo anche mediante l'azione di nullità della fideiussione, per vizio dell'obbligazione garantita, proposta dal *fideiussore*.

Perocchè l' obbligazione principale e l' accessoria, pur essendo cônnesse per identità di oggetto, costituiscono tuttavia due obbligazioni distinte (1), per modo che l' inazione del debitore principale non produce, necessariamente, una forzata inazione del debitore sussidiario.

476. — Al valore di queste considerazioni sfuggite ai trattatisti della fideiussione — i quali si occupano dell'*eccezione*, ma non dell'*azione* di nullità in discorso — nulla tolgono le affermazioni di chi osserva che da un momento all'altro la ratifica può far rivivere e il debito e la fideiussione; quindi il fideiussore non dev'essere sciolto dai vincoli della fideiussione, finchè l'obbligazione principale non è definitivamente annullata. La ratifica appartiene al debitore principale; si deve quindi attendere la sua decisione. Il fideiussore può soltanto rifiutarsi di pagare finchè il debitore non è ancora stato costituito in mora o di ratificare o di domandare la nullità (2).

Ma questa argomentazione, se vale a dimostrare che il fideiussore non può esercitare l'azione di nullità della propria

(1) Vedi *retro*, n. 73-74.

(2) Così argomenta il Labroüe de Vareilles-Sommières, *Étude sur l'erreur*, Paris, 1871, n. 288, p. 179, per dimostrare che il fideiussore non può esercitare egli stesso l'azione di nullità dell'obbligazione principale per causa di errore, nè opporre questo vizio come eccezione perentoria alla domanda del creditore.

Digitized by Google

obbligazione fideiussoria *dopo la conferma* (1) interceduta per opera del debitore, non dimostra affatto che il fideiussore non può esperire la detta azione *prima della conferma*. Perocchè se il fideiussore prima che abbia avuto luogo questa conferma, propone l'azione di nullità della propria obbligazione, la sua azione è fondata in diritto, in quanto tende a far dichiarare nulla un'obbligazione che è tuttora annullabile a cagione dell'annullabilità ancora sussistente del rapporto garantito.

477. — Come il fideiussore può sperimentare l'*azione di nullità* dell'obbligazione fideiussoria per causa d'errore, violenza o dolo inerenti all'obbligazione garantita, così può opporre l'*eccezione di nullità* dell'obbligazione principale per le medesime cause, così come può opporla il debitore.

478. — Si tratta infatti di un'eccezione *inerente al debito* e non *puramente personale* al debitore, poichè, come s'è dimostrato, appartengono alle eccezioni puramente personali, a termini dei citati articoli 1899 e 1927 Cod. it. (Cod. franc., art. 2012 e 2036), soltanto quelle relative alla incapacità del debitore (2). Il fideiussore adunque può opporre la detta eccezione ancorchè il debitore principale non se ne prevalga (3).

La fideiussione è quindi annullabile per le cause accennate (errore, violenza, dolo inerenti alla obbligazione principale) le quali sono regolate dalle disposizioni legislative sui vizi del consenso (che è inutile di riferire), contenute, per il Codice italiano, negli art. 1108-1115 (4).

(1) Diciamo *conferma* e non *ratifica*, come impropriamente chiama la prima il Codice italiano, essendo noto che la vera ratifica suppone una dichiarazione con la quale il dichiarante afferma di considerare l'atto come costituito in suo nome dall'agente, ossia suppone una prestazione di consenso fatta da chi fu estraneo all'atto che viene ratificato; mentre la conferma presuppone che il consenso sia già stato prestato, imperfettamente, dalla stessa persona che opera la conferma, detta anche, barbaramente, *convalescenza* dell'atto. Confr. Windscheid, *Pand.*, § 83, e note con gli autori ivi citati. Vedi anche *retro*, n. 424. Cons. Barassi, *Teoria della ratifica del contr. annullab.*, Milano, 1898.

(2) Vedi *retro*.

(3) Guillouard, n. 58, I, p. 68; Corsi, p. 33. Confr.: Pont, *Des petits contrats*, II, n. 35; Laurent, n. 138-139.

(4) Per quanto concerne l'errore, vedi specialmente Gabba, *Contributo alla dottrina dell'errore in diritto civile italiano*, Torino, 1900; lavoro pub-

Digitized by Google

479. — Nel caso in cui il fideiussore, nell'atto di vincolarsi, conosceva il vizio dell'obbligazione principale, bisogna, conformemente al principio sopra enunciato, distinguere il caso in cui risulta, dalla indagine sulla vera intenzione delle parti, che il fideiussore intese veramente di obbligarsi in qualità di garante, dal caso in cui risulta che, nonostante la qualifica assunta di fideiussore, chi intercedette intese invece di obbligarsi in qualità di obbligato principale.

Nella prima ipotesi il fideiussore, se il debitore non ha fatto annullare il debito principale, non può far dichiarare la nullità dell'obbligazione fideiussoria, nè opporre l'eccezione di nullità al creditore che agisce contro lui, perchè essendosi egli vincolato scientemente per un'obbligazione annullabile, ha tacitamente rinunciato al diritto di far valere personalmente le cause di nullità e al diritto di opporre le relative eccezioni.

Egli rimane però obbligato soltanto finchè il debitore non faccia dichiarar nullo il debito principale; perocchè il fideiussore in questa ipotesi vincolandosi per un debito che sapeva annullabile, ha considerata l'eventualità che il debitore non provocasse l'annullamento; ma, avvenuto questo per opera del debitore, l'obbligazione fideiussoria vien meno di necessità, per mancanza del suo presupposto e del suo fondamento che è l'obbligazione principale.

Fu affermato in contrario che, anche estinto il debito principale per opera del debitore, la fideiussione non rimane senza obbligazione principale: essa è sostenuta dalla obbligazione naturale che sopravvive in questo caso alla nullità pronunciata. Il fideiussore s'è vincolato con perfetta conoscenza di causa; ha conosciuto il vizio del consenso e la nullità che ne poteva conseguire. Se, ciò nonostante, egli ha prestato garanzia, è perchè ha reputato che l'obbligazione meritava tuttavia d'esser soddisfatta, ed era valida se non civilmente almeno in coscienza e naturalmente (1).

blicato nella *Giur. Ital.*, 1900, parte I, sez. II, col. 641-698. Vedi anche Fubini, *Sulla dottrina dell'errore in diritto civile*, Milano, 1901 (Estratto dal *Monitore dei Trib.*, n. 26, annata 1901).

(1) Così argomenta, relativamente all' errore, il Labroüe de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 181, il quale soggiunge in nota 1, che così almeno si

Digitized by Google

Questa argomentazione presuppone come certo che si possa validamente prestare fideiussione per un'obbligazione naturale; il quale principio, tutt'altro che sicuro, noi abbiamo già espressamente respinto in quest'opera, con una minuta dimostrazione cui ci riferiamo (1).

Esclusa la possibilità di dare per fondamento alla fideiussione un'obbligazione naturale, non ha poi alcun valore l'affermazione che chi garantisce con conoscenza di causa un debito annullabile per vizio del consenso, dev'essere trattato come chi garantisce un minorenne: il fideiussore del minore resta obbligato nonostante la nullità pronunciata dell'obbligazione principale, sia che abbia conosciuto, sia che non abbia conosciuto l'incapacità del debitore, perchè « nemo ignarus esse debet conditionis eius cum quo contrahit » (2).

Ma prescindendo dalle considerazioni superiormente svolte e che si oppongono al concetto di un'obbligazione fideiussoria che sopravvive all'annullamento dell'obbligazione principale, la opportunità di parificare il trattamento tra il fideiussore del minorenne e il fideiussore di un'obbligazione annullabile per vizio del consenso, può valere, *de jure condendo*, per il legislatore; non già per l'interprete il quale non deve dimenticare che la disposizione relativa al fideiussore del minorenne e, in genere, al fideiussore di obbligazioni annullabili in forza di eccezioni meramente personali all'obbligato (Cod. civ. it., art. 1899, § 2) è dettata soltanto per le garanzie prestate per obbligazioni annullabili per cause d'incapacità (3); epperò non riguarda i vizi del consenso.

480. — Nel caso poi nel quale chi intercedette, pur avendo assunto l'impropria qualifica di fideiussore, intese in realtà di vincolarsi a pagare il debito come obbligato principale, l'obbligo di pagare sussiste per esso anche se il debitore ha provocato l'annullamento del debito, per vizio del consenso, essendo che colui il quale ha interceduto, non ha

dovrebbe, d'ordinario, interpretare l'intenzione del fideiussore: potrebbe del resto risultare dalle circostanze che egli ha voluto obbligarsi soltanto per il caso in cui il debito fosse definitivamente reso valido.

(1) Vedi *retro*.

(2) Così ancora afferma il Labroüe de Vareilles, *op. cit.*, n. 289, p. 181.

(3) Vedi *retro*.

Digitized by Google

acceduto all'altrui obbligazione in qualità di debitore sussidiario, ma come obbligato in via principale. Per la qual cosa l'annullamento del debito, che è operativo per il debitore, non produce l'annullamento dell'obbligo da altrui assunto in modo principale, ove tale obbligazione principale abbia i requisiti voluti per la sua intrinseca validità. Questa obbligazione sussiste poi, a più forte ragione, se il debitore non ha fatto annullare la sua obbligazione.

Concludendo chi intercedette come obbligato principale per una obbligazione annullabile per vizio del consenso a lui noto, non può nè esperire l'azione di nullità della propria obbligazione per il detto vizio inerente al debito per cui intercedette, nè opporre le relative eccezioni di nullità al creditore che a lui si rivolga.

481. — Supposto che il fideiussore, in modo espresso o tacito, siasi vincolato a condizione che un altro fideiussore concorresse alla prestazione della garanzia, e supposto che la fideiussione contratta da questo secondo fideiussore sia nulla, il primo fideiussore può invocare tale nullità per far annullare il proprio vincolo per intero, qualora il concorso del secondo fideiussore sia stato pattuito come condizione *sine qua non* della garanzia da prestarsi dal primo, indipendentemente dalla misura di tale concorso. Se, al contrario, il detto concorso fu pattuito soltanto per *dividere* fra i due fideiussori, in una determinata proporzione, l'eventuale pagamento del debito, il primo fideiussore può invocare la nullità del vincolo contratto dal secondo fideiussore soltanto per far ridurre il proprio vincolo di una parte eguale a quella che avrebbe gravato sul secondo fideiussore, qualora la fideiussione di costui fosse stata valida (1).

Ciò si dica, a maggior ragione, se il secondo fideiussore il cui vincolo è nullo, sia stato indicato al primo fideiussore dallo stesso creditore (2).

Supposto invece che per uno stesso debito concorrano due fideiussori, ma che l'intervento del secondo fideiussore non sia stato pattuito dal primo come condizione assoluta o

(1) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 960, p. 470.
(2) Autori citati, n. 959, p. 470.

Digitized by Google

relativa della propria obbligazione, il primo fideiussore non può invocare la nullità della fideiussione contratta dal secondo (ad es. incapace), per far ridurre la propria garanzia di una parte eguale a quella che graverebbe sulla seconda fideiussione se questa non fosse nulla. Questo principio vale evidentemente se il primo fideiussore conosceva la detta nullità nell'atto di obbligarsi. Se poi ignorava tale circostanza, crediamo tuttavia che non abbia diritto di invocare la nullità, perchè può trattarsi tutt'al più di un errore sui motivi che lo indussero a vincolarsi (1): il primo fideiussore può aver consentito nella erronea opinione e nella considerazione che il peso della garanzia potesse essere diviso fra lui e un altro fideiussore; ma del concorso di quest'ultimo egli non ha fatto una condizione assoluta o anche soltanto relativa della propria obbligazione. Si tratta adunque di un equivoco sui motivi, il quale non impedisce che la volontà manifestata dal primo fideiussore sia una volontà *reale*, *effettiva* di obbligarsi. È un errore sui motivi che lascia integra la *causa* del negozio giuridico, e quindi non influisce sulla sua validità.

482. — Il fideiussore del fideiussore può far annullare la propria obbligazione se, nell'atto di vincolarsi, ignorava che il fideiussore garantito era, nello stesso tempo, fra i debitori principali, come, ad es., nel caso del fideiussore di un fideiussore il quale sia membro della società che è debitrice principale (2); perocchè indipendentemente dalla questione sulla nullità o validità della fideiussione garantita, l'errore produce in questo caso, una dichiarazione di volontà *apparente*, e non reale, in quanto il fideiussore ha creduto di garantire soltanto un fideiussore mentre garantiva chi era nello stesso tempo obbligato in via principale. È un errore che non lascia integra la *causa* del negozio giuridico, e quindi lo rende nullo.

483. — Da ultimo, se il fideiussore si è indotto a prestar garanzia, in considerazione dell'esistenza d'un'ipoteca

(1) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 959, p. 470 e Tribunal féd. suisse, 5 juillet 1895 (*Sirey*, 1896, 4, 12).

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 962, p. 471 e Trib. civ. Chaumont, 19 janvier 1892 (*Loi*, 1 février 1892).

Digitized by Google

consentita dal debitore al creditore e questa ipoteca è nulla per qualsiasi causa, riteniamo che, ciò non ostante, il fideiussore non possa far annullare il proprio vincolo, perchè non si tratta d'un errore sulla sostanza dell'obbligazione, ma d'un errore sui motivi che non toglie la volontà reale. — Infatti la sostanza dell'obbligazione è qui costituita dal debito garantito rispetto al quale non v'è errore, mentre si ha errore sui motivi in quanto il fideiussore ha assunto la garanzia facendo assegnamento sopra un'ipoteca che era nulla. Si tratta però di un errore sui motivi che non toglie la volontà *reale* e quindi lascia sussistere il negozio giuridico (1).

Capo IV.

L'IDENTITÀ DELLA PRESTAZIONE E I LIMITI DELLA FIDEIUSSIONE.

Sommario: 484. Principio direttivo.

484. — La quarta condizione necessaria alla validità della fideiussione è, come si disse, l'obbligo personale del fideiussore di estinguere l'identica altrui obbligazione; ma soltanto nel caso in cui il debitore principale non la soddisfaccia, e nei limiti dell'obbligazione principale.

È appunto perchè la garanzia fornita dal fideiussore è *personale* che la fideiussione, come s'è veduto, differisce sostanzialmente dalla costituzione di un pegno o d'una ipoteca per garantire l'altrui debito, che sono *garanzie reali* (2).

È poi necessario che il fideiussore si limiti all'obbligo di pagare nel solo caso in cui non paghi il debitore principale; perocchè, se chi interviene per l'altrui debito si obbligasse a

(1) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 963, p. 471. Contro: Cass. franc., 30 juillet 1894 (*Dalloz*, 1895, 1, 340); Douai, 9 février 1893 (*Ivi*, 1894, 2, 43).

(2) Vedi *retro*, nn. 246 e 247.

Digitized by Google

pagare unitamente al debitore principale, egli sarebbe non un fideiussore, ma un condebitore le cui obbligazioni e i cui diritti sarebbero retti da norme diverse.

SEZIONE I.

L'identità della prestazione.

Sommario: 485. Senso dell'« identità ». — 486. Questioni. — 487. Se il fideiussore possa obbligarsi a pagare una somma di denaro in luogo di altra cosa. — 488-489. Nostra opinione. — 490. Se il fideiussore possa obbligarsi a pagare una cosa che non sia denaro in luogo di cosa diversa o di somma di denaro dovuta dal debitore. — 491-492. Questione in materia di garanzia per l'usufrutto d'un fondo. — 493. *Quid juris* se il senso della promessa del fideiussore è dubbio.

485. — Essendo la fideiussione obbligazione accessoria, deve avere per oggetto la stessa prestazione sulla quale cade l'obbligazione principale.

Ciò non significa che l'ammontare del debito fideiussorio debba essere eguale a quello del debito principale, essendo noto che può anche essere inferiore; e ciò perchè le due obbligazioni principale e fideiussoria hanno un'entità distinta.

Il detto principio non implica pertanto neppure la conseguenza che le due prestazioni debbano essere sempre identiche nel senso *materiale*. Purchè vi sia una identità nel senso *virtuale*, la fideiussione è valida. Ma questo punto esige una più diffusa dimostrazione che risulta da quanto segue.

486. — Due sono le questioni: 1° se il fideiussore possa obbligarsi a pagare una somma di *denaro* in luogo di altra cosa dovuta dal debitore, di valore uguale o maggiore; 2° se il fideiussore possa obbligarsi a pagare una *cosa* che non sia denaro in luogo di cosa diversa o di una somma di denaro dovute dal debitore.

487. — La prima questione è risolta affermativamente — e razionalmente — da alcune fra le legislazioni americane, le quali hanno il merito di essersi, in questa materia, ispirate al concetto economico del denaro.

Il Codice chileno (art. 2343), imitato dal Codice colum-

Digitized by Google

biano (art. 2369) dispone infatti che il fideiussore « può obbligarsi a pagare una somma di *denaro in luogo di altra cosa* di valore eguale o maggiore ». E « chi garantisce un fatto altrui », garantisce « soltanto la indennità in cui il fatto si risolva per la sua inesecuzione ».

Quest'ultimo principio è integralmente accolto dal Codice dell'Uruguay (art. 2070).

Conformemente ai citati Codici chileno e columbiano dispongono il Codice messicano (art. 1825), per il quale può « il fideiussore obbligarsi a pagare una quantità *in denaro*, se il debitore principale non presta una *cosa* o *un fatto* determinati »; e il Codice argentino (art. 1992) a termini del quale quando l'obbligazione principale non ha per oggetto « il pagamento di una somma di denaro o di un valore apprezzabile in denaro », ma « la consegna *de un cuerpo cierto* o qualche fatto che il debitore deve eseguire personalmente » il fideiussore è soltanto obbligato « a soddisfare i danni e interessi dovuti al creditore per l'inadempimento dell'obbligazione ».

La dottrina dominante risolve invece negativamente la detta questione. Invano, scrive il GUILLOUARD (1), si direbbe che la somma di denaro convenuta è l'equivalente della prestazione ch'è oggetto del debito principale: è un'*altra cosa*, e ciò basta perchè la fideiussione non sia valida, poichè non può essere che l'accessorio del debito principale. Si deve fare però un'unica eccezione allorchè si tratti d'un debito di grano o derrate il prezzo dei quali è regolato dalle mercuriali, perchè lo stesso Codice civile dichiara che un debito di grano o derrate contemplati nelle mercuriali può compensarsi col debito d'una somma di denaro, essendo che con la somma determinata dalle mercuriali il creditore potrà procurarsi la quantità di grano che tale somma rappresenta.

488. — Noi respingiamo questa dottrina che, a nostro avviso, fraintende la portata del principio dell'eguaglianza di prestazione tra debitore e fideiussore.

È indiscutibile che il fideiussore non può obbligarsi a pagare un'*altra cosa;* ma se egli promette di pagare in denaro l'equi-

(1) GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 65, p. 76. Nello stesso senso BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 967, p. 474. Confr. POTHIER, n. 369.

Digitized by Google

valente del debito principale, non si obbliga con ciò a pagare un'altra cosa, perocchè il denaro, essendo la comune misura del valore delle cose, costituisce per il creditore quell'*idem* che la fideiussione deve assicurargli. Se Tizio è debitore di un cavallo e Caio garantisce il creditore Sempronio obbligandosi a pagargli, nel caso di inadempimento per parte di Tizio, lire mille che rappresentano il valore di detto cavallo, Caio non si obbliga punto, *in aliud;* al contrario egli *idem promittit.*

Nulla importa se il denaro e la cosa da questo rappresentata non sono *materialmente* la stessa cosa, perocchè se non v'ha *identità materiale* di prestazione, v'è tuttavia *identità virtuale;* il che è sufficiente per la fideiussione.

E se, per avventura, il fideiussore promettesse di pagare una somma eccedente il valore della cosa dovuta dal debitore, la fideiussione sarà nulla soltanto per l'eccedenza; mentre sarebbe valida se la somma promessa dal fideiussore fosse inferiore al detto valore.

Non vediamo poi ragioni sufficienti per ammettere il principio ora illustrato soltanto quando si tratti di un debito di grano o derrate il cui prezzo sia regolato dalle mercuriali.

L'avere il legislatore italiano (art. 1287) (Cod. franc., articolo 1291) autorizzata la compensazione con somme di denaro, soltanto per le « prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati », non è argomento che avvalori, per analogia, la restrizione voluta dal GUILLOUARD (1), perchè si tratta di una regola dettata per l'istituto della compensazione, sottoposto a principî speciali.

489. — Per giustificare la validità della fideiussione in denaro, per un debito di grano, POTHIER (2) scrisse: « L'argent, étant l'*estimation commune de toutes les choses*, celui qui me doit une quantité de cent muids de blé, de valeur de 2000 livres, me doit effectivement et véritablement 2000 livres ». Il GUILLOUARD (3), trova che questo motivo conduce troppo lontano.

(1) Vedi *retro*, n. 487.
(2) *Op. cit.*, n. 369.
(3) *Loc. cit.*

Digitized by Google

Noi crediamo invece, per quanto precede, che POTHIER abbia con tali espressioni, proclamato, senza volerlo, il vero principio generale che ogni debito di cosa può esser garantito da un fideiussore che si obblighi al pagamento di una somma di denaro, rappresentante, in tutto o in parte, il valore della cosa stessa.

490. — Alla seconda questione, se sia valida come fideiussione la obbligazione di pagare una cosa che non sia denaro in luogo di cosa diversa o di somma di denaro dovute dal debitore, rispondiamo negativamente con la legislazione romana, con la Glossa, la dottrina dominante (1) e con l'autorità di un Codice odierno: il citato Codice columbiano (articolo 2369, capov. 3°), che così si esprime: « L'obbligazione di pagare una cosa che non sia denaro in luogo di altra cosa, o di una somma di denaro, non costituisce fideiussione ».

Perchè non possa il fideiussore come tale, obbligarsi a pagare una cosa (ad es. grano) per un debitore che deve una somma di denaro, è detto nella L. 42, D. *h. t.* « ..... quia non ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur, in pecunia, numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est ». E ACCURSIO sulla citata legge: « quia licet species possint aestimari pecunia, sicut tot aureos dari pro tali re, tamen pecunia non potest faciliter aestimari speciebus ».

491. — Il determinare se il fideiussore sia obbligato *in aliud*, può dar luogo a difficoltà allorchè si tratti di una garanzia prestata per un diritto di cui sia dubbio se costituisca una parte della cosa dovuta dal debitore principale, ovvero se sia un diritto a sè stante.

Così se il debitore principale è tenuto a dare un fondo, e il fideiussore si costituisce garante per l'usufrutto di quel

(1) GUILLOUARD, n. 65, p. 76; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 967, p. 474. Questi ultimi due autori affermano tuttavia (n. 970, p. 475) che « le prétendu cautionnement qui porte sur un objet autre que celui du contrat est une promesse accessoire de dation en paiement » e citano ECK (HOLTZENDORFF'S *Rechtslexikon* v° *Bürgschaft*). Noi crediamo invece che si debba indagare la precisa intenzione delle parti la quale può anche condurre a ritenere la nullità dell'obbligazione, se risulta che esse intesero di costituire null'altro che una fideiussione.

Digitized by Google

fondo, nasce la quistione se il fideiussore si vincoli per tal modo *in minus*, ma sempre *in idem;* ovvero *in aliud.*

Il dubbio è questo: l'usufrutto è una parte della cosa dovuta dal debitore principale, oppure è *proprium quiddam?*

Gaio (L. 70, § 2, D. *h. t.*) ritiene che l'usufrutto è un diritto che fa parte del fondo dovuto; onde il fideiussore non è obbligato *in aliud*, ed è validamente tenuto a prestare la garanzia.

E la Glossa dice: « videtur enim pro parte intercessisse ».

Nel diritto francese anteriore al Cod. napoleonico, Pothier (1) professava la stessa opinione.

E nel diritto moderno lo segue il Troplong (2).

492. — Noi crediamo che la decisione di Gaio sia da respingersi in diritto odierno. L'usufrutto non è un diritto che fa parte del fondo. Esso, conformemente al principio comune alle servitù in generale, non costituisce un frazionamento della proprietà (3), e appunto per tale ragione, non avendo per oggetto una parte di questa su cui sia possibile di esercitare il potere di disposizione, non ne è lecita la trasmissione, ma soltanto è permesso di cedere l'*esercizio* del diritto (Codice it. art. 492).

L'usufrutto adunque è un *quid* autonomo, un diritto a sè stante, che non fa parte della cosa dovuta dal debitore principale; di modo che il fideiussore per l'usufrutto non si obbliga validamente nel caso in esame, perocchè si vincola *in aliud.*

493. — Quando il senso della promessa del fideiussore sia dubbio per quanto concerne l'identità delle obbligazioni, o le condizioni della fideiussione, si deve *presumere* che la fideiussione sia conforme all'obbligazione principale (4).

Principio sostanzialmente accolto per il caso di dubbio circa l'estensione dell'obbligazione fideiussoria, dal Cod. chileno (art. 2344); columbiano (art. 2370); dell'Uruguay (articolo 2069) e dal Cod. argentino (art. 1995): « En caso de duda si se obligó (il fideiussore) por menos, ó per otro tanto de la obligacion principal, entiéndase que se obligó por otrotanto ».

(1) Pothier, n. 370.
(2) Troplong, n. 117.
(3) Chironi, *Ist.*, vol. I, § 160.
(4) Vedi: Casaregis, *Disc.*, 62 e 63; Troplong, n. 127.

Digitized by Google

SEZIONE II.

La fideiussione « in duriorem » e « in leviorem causam ».

SOMMARIO: 494. Principio direttivo. — 495. Legislazione comparata.

494. — Dal principio che la fideiussione è un'obbligazione accessoria di garanzia discende l'altro che essa non deve oltrepassare i limiti della obbligazione principale, ossia non può eccedere ciò ch'è dovuto dal debitore, nè essere contratta sotto condizioni più gravi, mentre può prestarsi per una parte soltanto del debito e a condizioni meno gravi. E invero se la fideiussione non può sussistere senza una obbligazione principale, essa mancherebbe, per l'eccedenza, di tale fondamento.

Nel dubbio circa i limiti della fideiussione deve ritenersi che essa sia conforme alla obbligazione garantita, tale essendo in realtà il caso più comune (1).

Il suddetto principio si trova in tutte le legislazioni a tipo francese di cui ci siamo occupati: Cod. franc. (art. 2013); Cod. it. (art. 1900); con gli abrogati Codici delle Due Sicilie, (art. 1885); sardo (art. 2046); estense (art. 2027); parmense (art. 2043); Codice del Cantone di Vaud (art. 1495); Codice neerlandese (art. 1859); portoghese (art. 823); spagnuolo (art. 1826); della Luigiana (art. 3006); chileno (art. 2343 e 2344); columbiano (art. 2369 e 2370); dell'Uruguay (articolo 2069); messicano (art. 1822 e 1823); del Guatemala (articolo 2223).

495. — Non ne parla in modo espresso il Codice austriaco. Ma è evidente che il principio vale anche per questa legislazione, sia perchè è una conseguenza necessaria del carattere accessorio della fideiussione, sia perchè ciò è voluto implicitamente dallo spirito del § 1363 dove essendo dichiarato che « l'obbligo del fideiussore cessa in proporzione del cessare di quello del debitore », è manifesto che questa dispo-

(1) CASAREGIS, *Disc. cit.*; TROPLONG, *loc. cit.*

Digitized by Google

sizione sarebbe inapplicabile, per l'eccedenza, se la fideiussione potesse sorpassare in estensione il debito principale.

Fra le legislazioni di tipo germanico il detto principio risultava dal § 9 del Codice bavarese e dal § 277 del Codice prussiano.

Tace invece il Codice federale svizzero delle obbligazioni; ma la regola vale ugualmente per esso, in virtù del notato principio generale, e per la lettera e lo spirito dell'art. 489 dove si dice che il fideiussore si fa garante pel soddisfacimento del *debito del debitore principale.*

Altrettanto si dica per il Codice germanico dove la regola risulta implicitamente oltre che dal detto principio generale, anche dal § 765 in cui si definisce il fideiussore.

Fra le legislazioni di tipo proprio, l'esposto principio risulta per il Codice giapponese, dall'art. 448.

E per il Codice argentino risulta dall'art. 1995 a norma del quale il fideiussore può obbligarsi a meno e non a più del debitore principale; ma può costituire ogni specie di sicurtà per garantire la propria obbligazione.

§ 1.

Fideiussione « in duriorem causam ».

SOMMARIO: 496. Riducibilità della fideiussione. — 497. Diritto romano. — 498. Confutazione delle ragioni addotte per la nullità dell'intera fideiussione. — 499. Diritto vigente. — 500. Volontà delle parti circa l'eccedenza. — 501. Nostra opinione. — 502. Applicazioni. — 503-511. Modalità nell'eccedenza della fideiussione. — 512-516. Fideiussione intensivamente più efficace.

496. — *La riducibilità della fideiussione.* — Se la fideiussione non può eccedere quanto è dovuto dal debitore nè essere contratta sotto condizioni più gravi, la sanzione di questo principio sarà la nullità dell'intera obbligazione fideiussoria oppure la nullità solo quanto all'eccesso?

497. — In diritto romano tale questione è classica e nasce dalla L. 8, § 7, D. *h. t.* « illud commune est in universis « qui pro aliis obligantur; quod si fuerint in duriorem causam « adhibiti, placuit eos omnino non obligari ».

Digitized by Google

Il senso più ovvio che risulta dal testo citato è questo: che l'intera obbligazione fideiussoria è nulla se il fideiussore si obbligò *in duriorem causam* (1). Ma taluni interpreti, fra i quali MOLINEO (2), sostengono che anche per diritto romano la fideiussione è nulla solo quanto all'eccesso.

I seguaci di questa interpretazione si fondano su ragioni astratte: in sostanza essi giustificano tale opinione con l'inutilità di reputare nulla l'intera fideiussione mentre è sufficiente ritenerla nulla soltanto per l'eccesso, e con l'opportunità di rispettare la volontà delle parti.

Questi argomenti sono decisivi *de jure condendo*; ma non sono decisivi di fronte al testo citato. Bisognerebbe leggere con ALOANDRO « non omnino obligari » anzichè « omnino non obligari » per poter accettare la prima interpretazione. Ma ALOANDRO, ha arbitrariamente alterata la lezione, ribellandosi inoltre, come nota POTHIER (3), all'autorità degli interpreti greci che hanno tradotto le parole « *omnino non* » per « *idest nullo modo* ».

Non omnino obligari significa che il fideiussore è totalmente, interamente non obbligato. Tale è il senso che risulta dai vocaboli adoperati e dal loro intimo legame. « Vix aut *omnino non* potest fieri », scrisse CICERONE; e tale frase significa: è quasi o totalmente impossibile. « Vix aut *omnino non* potest abrogari », disse ancora lo stesso scrittore; e tali parole suonano: appena si può abrogare, non si può abrogare affatto. Del resto è noto come più volte lo spirito formalista dei giureconsulti romani abbia sacrificato tutto ad un rigore esagerato dei principî. Si invoca in contrario, fra l'altro, l'analogia con la L. 1, § 4, D. *verbor. obligat.* « Si stipulanti mihi « decem, tu viginti respondeas non esse contractam obliga- « tionem nisi in decem constat ». Ma prescindendo dalla questione se questa stipulazione costituisca veramente materia analoga come si afferma, sta il fatto che, in ogni caso, nes-

(1) WINDSCHEID, *op. cit.*, § 477, nota 22. Confronta gli autori ivi citati.

(2) *Ad leg.* 51, *si stipul.* § *sed si mihi*, n. 30 e seg. Vedi inoltre CENERI, *Dir. delle obblig.*, vol. II, p. 30-32 (Bologna, 1856), con gli autori ivi citati. Vedi anche CORSI, p. 59.

(3) N. 376.

Digitized by Google

suna ragione di analogia può alterare il chiaro disposto di una legge; perocchè si tratta di stabilire non l'interpretazione *più razionale*, ma quella risultante dal testo.

498. — Comunque, esaminiamo le ragioni addotte per giustificare la nullità dell'intera obbligazione.

Fu detto che la fideiussione essendo essenzialmente una obbligazione aggiunta alla obbligazione principale, ed essendo nella essenza dell'obbligazione accessoria che questa non contenga di più della principale, una fideiussione con la quale il garante si obbliga a qualche cosa di più pecca nella sua essenza ed è interamente nulla.

Ma si presenta spontanea la replica che colui il quale si obbliga in misura maggiore dell'obbligazione principale dimostra l'intenzione di obbligarsi almeno fino alla concorrenza dell'obbligazione medesima, e non v'è ragione per dichiarare totalmente nulla l'obbligazione. Non è logico nè opportuno creare delle nullità senza un motivo reale, ben disse Treilhard (1): è sufficiente il vedere le nullità là dove esistono in effetto.

499. — Fu sotto l'influenza di tali considerazioni che venne compilato l'art. 2013 del Codice francese, capov. 3°, « Le cautionnement qui excède la dette ou qui est contracté « sous des conditions plus onéreuses *n'est point nul:* il est « seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ». Disposizione sostanzialmente seguìta dai citati Codici (2), modellati sul francese (articoli citati) nonchè dal Codice giapponese (art. cit.) e argentino (art. cit.).

La frase *n'est point nul* rivela come il legislatore francese abbia voluto esplicitamente respingere la massima romana quale risulta dalla interpretazione da noi seguìta.

Il legislatore italiano non ha invece creduto necessario di scrivere quella frase e si è limitato a dichiarare che « la fideiussione che eccede il debito o che si contrae sotto condizioni più gravi, è valida soltanto sino alla misura dell'obbligazione principale » (Cod. civ. it., art. 1900, capov. 2°). E nella omissione dell'accennata espressione il Cod. it. fu imi-

(1) *Exposé des motifs de la loi relative au cautionnement.*
(2) Vedi *retro*, n. 494.

Digitized by Google

tato dal Codice spagnuolo il cui art. 1826 capov., è così concepito: « Se l'obbligazione che esso (il fideiussore) ha contratto è più onerosa, la si ridurrà nei limiti di quella del debitore ».

500. — *La volontà delle parti circa l'eccedenza.* — Ritenuto che la fideiussione è nulla per la parte che eccede il debito principale, la volontà delle parti può valere per tale eccedenza, sotto altri titoli, ad esempio, come promessa di donazione, o di risarcimento di danni, o come assunzione di debito?

Il Windscheid ed altri autori tedeschi (1) rispondono affermativamente, osservando che è decisiva la volontà delle parti, e non l'espressione. « Chi dichiara di voler rispondere incondizionatamente d'un debito condizionale fa donazione al creditore pel caso del mancamento della condizione. Chi dichiara che per un debito di 100 si rende mallevadore fino a 150, si rende mallevadore effettivamente per 100 e promette inoltre al creditore 50 come risarcimento pel danno derivatogli dal mancamento della prestazione del debitore. Chi dichiara che si rende mallevadore per un debito scadente entro un anno, in modo da pagarlo entro un mese, non si rende punto mallevadore, ma assume semplicemente la prestazione di un debito » (2).

501. — Tali principî, non sono accettabili in diritto italiano e francese. Il citato autore afferma che si deve avere riguardo alla volontà delle parti, anzichè alle espressioni da esse adoperate.

E ciò è vero; ma allora o le parti hanno veramente voluto pattuire una fideiussione e l'hanno conclusa in modo che questa eccede il debito principale; e in tal caso l'obbligazione in quanto eccede è nulla senza che possa valere sotto

(1) Windscheid, *Pand.*, § 477 e nota 23 ivi. Vedi il Codice civ. sassone (art. 1455) e Lehr, *Éléments de droit civil germanique*, n. 224, p. 271: « In diritto germanico, come in diritto francese, la fideiussione non può eccedere quanto è dovuto dal debitore, nè esser contratta sotto condizioni più onerose; ma mentre per il Codice francese l'obbligazione del fideiussore è nulla per quanto eccede quella del debitore, in diritto germanico tale obbligazione vale non più a titolo di fideiussione, ma a titolo d'obbligazione principale e diretta ».

(2) Id., § cit., nota 23. Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 970, p. 475.

Digitized by Google

altro titolo, perocchè le parti, in questa ipotesi, hanno voluto dar vita unicamente ad una fideiussione e a nessun'altra obbligazione; onde non è lecito sostituirsi alla volontà dichiarata dalle parti per presumerne un'altra da esse non espressa. Oppure le parti hanno effettivamente inteso di concludere una fideiussione fino alla concorrenza del debito principale, e una obbligazione principale, di natura diversa, per l'eccedenza, ed allora tutto si riduce a determinare se questa seconda obbligazione così assunta abbia i requisiti necessari per la sua validità. Ma se le parti hanno voluto soltanto stipulare una fideiussione eccedente il debito principale, e non hanno inteso altresì di creare, per l'eccedenza, una diversa obbligazione principale, non è lecito presumere nè una donazione, nè un risarcimento di danni, nè un'assunzione di debito. È erronea, ad esempio, l'opinione che chi intende, per un debito di 100, di farsi mallevadore fino a 150, garantisce effettivamente per 100 e promette inoltre 50 come risarcimento del danno nascente dal mancamento della prestazione del debitore. Chi intende di prestare una fideiussione eccedente il debito principale, intende di prestare tale fideiussione e null'altro. Presumere una promessa di donazione o di risarcimento di danno è un violentare la volontà dichiarata delle parti. Si obbietta che non si deve considerare l'espressione adoperata dalle parti, ma bensì la loro volontà. Ma è appunto in omaggio a questa volontà che diciamo illogica e antigiuridica la presunzione che le parti abbiano concluso una seconda obbligazione, mentre hanno inteso e dichiarato soltanto di voler costituire una fideiussione.

Se invece sia provato che quantunque le parti abbiano definito col nome di fideiussione il patto concluso, hanno effettivamente inteso di stipulare un diverso contratto, in questo caso è esatta l'affermazione del citato scrittore che si debba riconoscere efficace non l'espressione dai contraenti adoperata, ma la loro volontà effettiva. Altrettanto si dica per l'ipotesi in cui sia provato che le parti, pur avendo definito con l'unico nome di fideiussione il complesso dei loro accordi, hanno in realtà inteso di stipulare una fideiussione fino alla concorrenza del debito principale e un diverso contratto per l'eccedenza.

Digitized by Google

In questi due casi infatti ricorre l'applicazione della nota regola d'interpretazione del negozio giuridico, per la quale non si deve badare al senso letterale delle parole, ma alla intenzione del dichiarante, e se il contratto sia bilaterale, alla comune intenzione delle parti (Cod. civ. it., art. 1131; Cod. civ. franc., art. 1156). « In conventionibus contrahen- « tium voluntatem potius quam verba spectare placuit ». (L. 219, D. *de verb. signif.*).

502. — Applichiamo ora gli esposti principî alla seguente ipotesi.

Il fideiussore può validamente obbligarsi a pagare più del debitore principale (ad esempio, a pagare degli interessi per un debito che non li produce), oppure a pagare a condizioni più rigorose, se in compenso di questa eccedenza ottiene dal creditore un vantaggio non prima accordato al debitore principale, per esempio, un termine più lungo?

L'affermativa è sostenuta da autorevoli trattatisti (1) per la considerazione che in questo contratto vi sono due convenzioni: una fideiussione che è limitata alla misura dell'obbligazione principale; e un'obbligazione di pagare per altri, valida in forza dell'art. 1120 Cod. franc. (art. 1129 Cod. it.), in quanto il fideiussore promette di pagare, come prezzo della dilazione accordata, gli interessi del debito se il debitore non li paga.

Altri (2) respinge questa soluzione perchè la legge vi si oppone formalmente, e perchè l'argomento secondo il quale il fideiussore è debitore principale per l'eccedenza della sua obbligazione sul debito principale « può essere esatto secondo l'intenzione delle parti, ma conduce a decidere che il vincolo del fideiussore può essere valido anche se egli non ottiene alcun compenso » (3).

Noi crediamo necessaria questa distinzione. Se dall'indagine circa la intenzione delle parti, che è sovrana in questa materia, risulta che esse intesero di costituire null'altro che

(1) Ponsot, n. 95; Troplong, n. 101; Guillouard, n. 62, p. 73-74.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 966, p. 473; Cass. 2 février 1886 (*Dalloz*, 1886, I, 233).

(3) Autori citati.

Digitized by Google

una fideiussione, questa è nulla per l'eccedenza, perchè la legge, su questo punto, è formale e non consente che il fideiussore si obblighi, in qualsiasi forma, sotto condizioni più onerose. Se, al contrario, risulta che le parti intesero veramente di costituire per l'eccedenza un'obbligazione principale, tale volontà è decisiva per la detta eccedenza, nulla importando che il promettente siasi o no riservato un compenso per l'eccedenza, perocchè per questa egli si obbliga come debitore principale e non come fideiussore.

503. — *Modalità nell'eccedenza della fideiussione.* — Accursio insegnava nella Glossa che la fideiussione può essere « durior loco, tempore et causa ». La dottrina posteriormente accettata ritenne che la fideiussione *in duriorem causam* può essere tale « quantitate, die, loco, conditione, modo » (1). Terminologia adottata dai vigenti Codici chileno (art. 2344), dell'Uruguay (art. 2069) e columbiano (art. 2370).

504. — È superfluo pertanto il notare che se il debitore principale deve cento, il fideiussore che siasi obbligato per duecento, è tenuto soltanto per cento.

Se taluno si costituisce fideiussore per una somma determinata, ad es., mille lire, per un debitore il cui debito non è ancora liquido, la determinazione della somma deve ritenersi fatta soltanto a favore del fideiussore, e cioè allo scopo che se la liquidazione del debito importerà una somma maggiore, il fideiussore sarà obbligato soltanto per mille. In questo senso si è pronunciato esplicitamente il Codice argentino (art. 1996). E se, al contrario, la liquidazione stabilisse una somma minore, ad es., 900 lire, il fideiussore, sarebbe tenuto soltanto per questa somma, perocchè il suo debito non può mai eccedere quello del principale obbligato. Supposto quindi che il fideiussore paghi le mille lire, ha diritto di ripetere il di più (2). È poi anche ovvio che, prima della liquidazione del debito, il creditore non può obbligare il fideiussore al pagamento provvisorio delle mille lire, poichè il fideiussore non può essere costretto a pagare prima del debitore principale, il quale è tenuto soltanto dopo la liquida-

(1) Hering, cap. 24, n. 43; Cujacio in Troplong, n. 98; Pothier, n. 371.
(2) Pothier, n. 371; Troplong, n. 100.

Digitized by Google

zione. In senso contrario ed evidentemente antigiuridico disponeva lo Statuto di Bretagna (art. 189) (1).

505. — Se il debitore principale si è obbligato a pagare entro un termine determinato, il fideiussore può obbligarsi a pagare in un termine più breve?

Già la Glossa (2) insegnava la negativa osservando che in ciò la fideiussione differisce dal patto *constitutae pecuniae*, perocchè il fideiussore « non potest etiam tempore in plus obligari », mentre il terzo debitore col patto *constitutae pecuniae* può validamente obbligarsi a pagare entro un termine più breve.

E infatti l'obbligazione assunta con quest'ultimo patto quantunque debba avere per oggetto il pagamento di una obbligazione preesistente, tuttavia, come vedemmo, non è pura adesione a questa obbligazione; mentre il divieto di obbligarsi *in duriorem causam* contenuto nella citata legge 8, § 7, D. *de fidej*, vale soltanto rispetto a coloro la obbligazione dei quali è una pura adesione alla obbligazione principale (3).

In diritto romano tale dottrina fu impugnata da Cujacio (4), il quale sostenne che il fideiussore può, alla pari del *reus constitutae pecuniae*, obbligarsi a pagare entro un termine più breve di quello entro il quale si è obbligato il debitore principale, perocchè non si trova alcuna legge la quale stabilisca il divieto.

A questa obbiezione Pothier (5) ha vittoriosamente risposto: 1° che è sufficiente che le leggi dicano in generale non potersi i fideiussori obbligare *in duriorem causam*; 2° che la L. 16, § 5, D. *de fidej*, decide espressamente che se taluno si è costituito fideiussore, sotto una certa condizione, di un debitore principale che si era obbligato a pagare dopo un certo tempo, e la condizione si adempie prima dello spi-

(1) Vedi Pothier, *loc. cit.*

(2) Sulla L. 4, D. *de pec. const.*, XIII, 5.

(3) Pothier, *Del patto constitutae pecuniae* (Aggiunta al vol. II del *Trattato delle obbligaz.*), n. 19.

(4) Sulla L. 4, D. *de const. pec.* (lib. 29, *Pauli ad edict.*).

(5) *Loc. cit.*, n. 19 in fine.

Digitized by Google

rare del termine, il fideiussore non è obbligato al pagamento. Ciò dunque è come dire espressamente che il fideiussore non può essere obbligato a pagare senza termine quando è stato accordato un termine al debitore principale.

Per le legislazioni moderne è certo che la fideiussione va ridotta. La fideiussione non può eccedere ciò ch'è dovuto dal debitore, nè essere contratta sotto condizioni più gravi. Ed è chiaro che l'obbligazione di chi si obbliga a pagare in un termine più breve di quello accordato al debitore principale, è più estesa dell'obbligazione principale, poichè l'eccedenza si verifica non soltanto *quantitate*, *loco*, *conditione et modo*, ma anche *die* (1).

506. — La detta obbligazione che non è valida per intero come fideiussione, varrà come patto *pecuniae constitutae?*

Bisogna considerare la volontà delle parti. Se queste hanno in realtà voluto concludere una fideiussione, l'obbligazione non può valere neppure come patto *constitutae pecuniae*, giacchè là dove l'intenzione dei contraenti è chiara e determinata non è logico il violentarla col trasformare arbitrariamente un contratto in un altro (2).

Se invece risulta che le parti hanno realmente inteso di stipulare un patto *constitutae pecuniae*, la obbligazione è valida come tale, anche se, per avventura, fosse stato adoperato impropriamente il vocabolo fideiussione (3).

507. — L'eccesso nella obbligazione fideiussoria può aversi altresì nel caso in cui il debitore principale si è obbligato sotto una determinata condizione ch'è ancora pendente, mentre il fideiussore s'è obbligato a pagare presentemente alla prima richiesta del creditore « Enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure non obligabitur » (L. 8, § 7, D. *h. t.*); e ciò perchè, osserva la Glossa, « plus esset tempore » (4).

(1) *Retro*, n. 503. Vedi: Guillouard, n. 63, p. 74; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 964, p. 472.

(2) Troplong, n. 103.

(3) Confr. Ponsot, n. 102 e Troplong, *loc. cit.*

(4) Fournier (*Rev. crit.*, XVI, 1887, n. 31, 35 e 37); Guillouard, n. 64, p. 75; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 964, p. 472.

Digitized by Google

508. — Se il fideiussore si obbliga a pagare in un luogo più lontano di quello in cui deve pagare il debitore principale, la fideiussione non è valida per intero perchè fatta sotto una condizione più dura che l'obbligazione principale, ossia perchè si ha eccedenza *loco* (1).

La L. 16, § 1 e 2, D. *de fidei*, dice al riguardo « si reum pure interrogavero et fideiussorem cum adiectione loci accepero, non obligabitur fideiussor ». Accursio interpreta questo frammento nel senso che il fideiussore non resta obbligato « sive longiori sive proximiori loco promittat », e ciò perchè « in utroque casu ad duriorem causam est acceptus ». Ma avverte che altri ritengono il detto principio soltanto quando « locus fideiussionis est remotior ».

E noi crediamo che questa seconda opinione — a parte la questione sulla sua ammissibilità in diritto romano — sia per le legislazioni odierne più razionale, ed anche consona alla legge la quale non esige che l'obbligazione del fideiussore sia perfettamente eguale a quella del debitore, ma vieta soltanto che sia contratta a condizioni più gravose, mentre non vieta di assumerla sotto condizioni meno gravose.

Ricordiamo poi che, a differenza della fideiussione, il terzo nel patto *constitutae pecuniae* può obbligarsi di pagare al creditore in un luogo diverso da quello stabilito nella obbligazione principale (L. 5, D. *de pec. const.*) (2).

509. — Sempre in virtù del principio generale, va ridotta l'obbligazione con la quale il fideiussore si vincola con la condizione di non far valere le eccezioni reali annesse all'obbligazione principale (3). Si ha qui un eccesso *conditione*.

510. — E così se il debitore principale è obbligato a pagare nel domicilio di Tizio, il fideiussore non può validamente obbligarsi a pagare a Tizio, Caio e Sempronio, aventi tre domicilii diversi e lontani (4).

511. — Da ultimo è da avvertire che il divieto di obbligarsi sotto condizioni più onerose del debitore principale,

(1) Guillouard, n. 63, p. 75; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 964, p. 472.
(2) Vedi *retro*, n. 211.
(3) Troplong, n. 107.
(4) Id., *loc. cit.*

Digitized by Google

vale anche per il fideiussore solidale (1), non potendo esso considerarsi come un *condebitore solidale*.

512. — *Fideiussione intensivamente più efficace.* — Ed ora si presenta una questione: se la massima per cui il fideiussore non può obbligarsi *estensivamente* più del debitore principale, impedisca che il medesimo possa obbligarsi *intensivamente* (*efficacius*), più del reo principale; ad esempio, con pegno od ipoteca, mentre il debitore è obbligato semplicemente.

513. — La questione è risolta affermativamente da alcune tra le legislazioni americane, come il Codice chileno (art. 2344, 1° capov.); columbiano (art. 2370, 1° capov.); dell'Uruguay (art. 2070); messicano (art. 1824); argentino (art. 1995); e fra le legislazioni germaniche, dall'abrogato *Landrecht* prussiano, § 277. Gli scrittori di diritto comune insegnano l'affermativa (2) sul fondamento che la condizione del fideiussore non è in tal caso più gravosa per l'estensione, mentre non è vietato che il fideiussore si obblighi *efficacius*.

Per le legislazioni a tipo francese un dubbio (ma senza fondamento) potrebbe nascere dal fatto che il citato articolo 2013 del Codice francese (art. 1900, Cod. it.), dichiara non poter la fideiussione eccedere ciò ch'è dovuto dal debitore principale, *nè essere contratta sotto condizioni più gravi*. Potrebbe infatti dubitarsi che mentre la prima parte di questa disposizione si riferisca a tutti i casi di eccesso dell'obbligazione accessoria sulla principale, comprese le condizioni gravanti questa obbligazione stessa, la seconda parte contempli non le condizioni relative alla obbligazione, ma quelle che riguardano l'*esecuzione* di essa, e sottopongono il fideiussore a mezzi più severi di pagamento.

514. — Se non che il ragionamento non regge, se si considera che per la validità della fideiussione è necessario soltanto che il fideiussore non prometta più di quanto ha promesso il debitore, nulla importando che l'adempimento dell'obbligazione sia sottoposto a mezzi più rigorosi. In altri

(1) Fournier (*Rev. crit.*, 1887, n. 31, 35 e 37); Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 968, p. 474.

(2) Hering, cap. 24, n. 112; Marsili, n. 291 con gli autori ivi citati.

Digitized by Google

termini, è essenziale che non vi sia eccesso « quantitate, die, loco, conditione et modo », ma non che vi sia identità di mezzi esecutivi, altra cosa essendo l'obbligazione, ed altra la sua esecuzione.

Suppongasi che il fideiussore non paghi e che sia condannato al pagamento con sentenza. In tal caso, con l'ipoteca giudiziaria il creditore avrà azione sui beni del fideiussore, mentre se il debitore principale non ha beni immobili, non sarà mai tenuto con ipoteca. Pertanto se a tale differenza può arrivarsi posteriormente, non si vede la ragione per cui il fideiussore non possa obbligarsi con ipoteca anche prima, nel caso in cui il debitore principale non l'abbia data. L'ipoteca infatti non aumenta l'estensione dell'obbligazione: per essa il fideiussore si obbliga più *intensivamente*, ma non più *estensivamente* del debitore (1).

515. — Al debitore principale e al fideiussore possono imporsi clausole penali; ma è da avvertirsi che se la clausola penale imposta al fideiussore dà al creditore più di quanto l'obbligato principale ha promesso, essa va ridotta siccome eccessiva. Ad esempio, il debitore principale si obbliga a pagare al creditore cento lire di penale per il caso in cui non restituisca dentro un anno un mobile avuto a comodato; ed il fideiussore si obbliga a pagare, in tale ipotesi, al creditore stesso, 150 lire. Questa clausola penale, peccando di eccesso, va ridotta (2). Il qual principio è esplicitamente dichiarato dal citato Codice dell'Uruguay (articolo 2069) (3).

516. — Va notato che se il fideiussore d'un minore, o di persona incapace relativamente, può trovarsi nel caso di dover soddisfare l'obbligazione mentre il principale obbligato può sfuggire, per la sua incapacità, a tale dovere, ciò non significa che il mallevadore sia obbligato *in duriorem causam*, perocchè l'obbligazione da lui assicurata non è, per sè stessa, più onerosa.

(1) Pothier, n. 377; Troplong, n. 108-111; Pont, II, n. 78; Aubry et Rau, IV, § 423, nota 4; Laurent, n. 162; Guillouard, n. 64, p. 75-76; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 966, p. 474; Galdi, *op. cit.*, p. 35-36.

(2) Troplong, n. 113.

(3) Vedi *retro*, n. 503.

Digitized by Google

Da ultimo si osservi che se il contratto di fideiussione tace, vi si deve sottintendere il termine o la condizione espressa nell'obbligazione principale. Altrettanto si dica per il luogo del pagamento che, espresso nell'obbligazione principale, va sottinteso nella fideiussione (1).

§ 2

Fideiussione « in leviorem causam ».

SOMMARIO : 517. Principio direttivo e applicazioni.

517. — Dimostrato come e perchè il fideiussore non può obbligarsi *in duriorem causam*, ci resta a discorrere della seconda parte del principio enunciato al n. 494, e cioè che il fideiussore può invece obbligarsi *in leviorem causam* « in leviorem plane causam accipi possunt » (L. 8, § 7, D. *h. t.*). E infatti poichè la fideiussione non è d'ordinario conclusa nel vantaggio del fideiussore, è logico ed equo che questi possa obbligarsi o per una parte soltanto del debito o a condizioni meno gravi. E poi il fideiussore pur aderendo a una parte soltanto dell'obbligazione principale, aderisce tuttavia a quanto è dovuto dal debitore, poichè la parte è compresa nel tutto.

Ecco perchè il fideiussore può vincolarsi a pagare cento, mentre il debitore è obbligato per duecento; oppure obbligarsi a pagare soltanto ciò che il creditore non riesca a conseguire dal debitore (*fideiussio indemnitatis*) (2).

E se il debitore si è obbligato puramente e semplicemente, il fideiussore può obbligarsi a pagare entro un certo tempo, o sotto una condizione. E se il debitore si è vincolato a pagare entro un certo termine, il fideiussore può obbligarsi a pagare in un termine più lungo (3).

(1) L. 61 D. *h. t.* Vedi POTHIER, n. 372.

(2) *Retro*, n. 162. Vedi GALDI, p. 36-37.

(3) GUILLOUARD, n. 15, p. 19 e n. 60, p. 72; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 965, p. 473; Bordeaux, 13 décembre 1894, citata da questi ultimi autori in nota 5 ivi.

Digitized by Google

Quando il debitore si è obbligato sotto una condizione, il fideiussore può obbligarsi sotto la condizione stessa e insieme sotto un'altra, perchè il fideiussore in questo caso può essere obbligato soltanto quando si sono verificate le due condizioni; onde la sua condizione è migliore di quella del debitore (1).

(1) L. 70 pr. D. *h. t.*

Digitized by Google

PARTE SPECIALE

TITOLO I

EFFETTI DELLA FIDEIUSSIONE

Capo I.

EFFETTI DELLA FIDEIUSSIONE TRA CREDITORE E FIDEIUSSORE.

§ 1.

Condizioni dell'obbligo di pagare.

Sommario: 518. L'azione immediata contro il fideiussore. — 519-520. Non necessità di costituire in mora il debitore. — 521. Epoca in cui il fideiussore deve pagare. — 522. Il beneficio del termine. — 523. *Quid juris* se il debitore fallisce? — 524. *Quid juris* per l'avallo? — 525. Rinuncia al beneficio del termine fatta dal debitore. — 526. Condizioni del pagamento. — 527. Imputazione del pagamento su alcuno fra più debiti. — 528. Pagamenti parziali. — 529. Imputazione del pagamento sugli interessi. — 530. *Quid juris* nel caso di fideiussione indefinita?

518. — Dal contenuto della fideiussione che è la guarentigia, e dal suo carattere di obbligazione sussidiaria e connessa discendono gli effetti del rapporto accessorio tra il creditore e il fideiussore.

Per la sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria, il fideiussore è tenuto a soddisfare il debito soltanto se e quando questo non sia soddisfatto dal debitore. L'obbligazione del fideiussore non è tuttavia, per sua essenza, condizionale nel senso che il fideiussore debba pagare soltanto se sia provato che il debitore *non può pagare;* ma è pura e semplice in quanto per la guarentigia fideiussoria, il mallevadore è tenuto

Digitized by Google

a pagare se il debitore principale *non paga nel termine fissato*. È questo un carattere essenziale della fideiussione; epperò i principî generali che governano la garanzia personale non esigono, sotto l'aspetto razionale, che il creditore, innanzi di agire contro il fideiussore, escuta previamente il debitore principale; ma, al contrario, legittimano un'azione immediata e diretta contro il fideiussore.

Nel diritto positivo vigente, l'esercizio di tale azione può essere differito dall'eccezione dilatoria di escussione preventiva del debitore principale, opponibile dal fideiussore al creditore. S'avverta però che quando la legge dichiara essere fideiussore di una obbligazione chi si vincola verso il creditore a soddisfarla « qualora il debitore non la soddisfaccia » (Codice it., art. 1898) e che il fideiussore è tenuto a pagare soltanto « in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso » (Cod. it., art. 1907), non eleva con ciò l'escussione preventiva del debitore al grado di condizione necessaria per l'esercizio dell'azione creditoria contro il fideiussore (1). Infatti tale escussione è obbligatoria per il creditore soltanto se il fideiussore ne faccia istanza nei primi atti della causa promossa contro lui (Cod. cit., art. 1908) e osservi le altre condizioni richieste per l'esercizio del beneficio di escussione (Cod. cit., art. 1909). Se il fideiussore non solleva l'eccezione di escussione preventiva del debitore, l'unica condizione voluta per l'azione creditoria è l'inadempimento *attuale* del debitore principale. Non occorre pertanto al creditore di provare, mediante la detta escussione, che il debitore non può pagare; ma è sufficiente il fatto dell'avvenuta mancanza di pagamento.

Ciò vale, a più forte ragione, per l'avallo, perocchè il possessore cambiario che adempì gli atti necessari a conservare

(1) Per il diritto romano vedi: WINDSCHEID, *op. cit.*, § 478, nota 1, il quale alla domanda: la disposizione relativa al beneficio di escussione produce soltanto una eccezione o eleva l'infruttuosa escussione del debitore a fondamento dell'azione? risponde che « è sicura la prima parte dell'alternativa; diversamente soltanto nella malleveria d'indennità » (L. 116, D. *de v. o.*, 45, 1). In senso diverso: CORSI, *op. cit.*, cap. V, § 4, p. 100. Confr.: GIRTANNER, p. 200 e segg.; 223 e seg.; 424 e seg.; HASENBALG, p. 533 e seg.; DERNBURG, *Pand.* II, p. 208. — Cass. Palermo, 24 novembre 1900 (*Foro Sic.*, 657).

Digitized by Google

l'azione cambiaria può rivolgersi, a sua scelta, contro tutti gli obbligati cambiari, e quindi anche contro l'avallante, prima che contro gli altri (1).

519. — Non è neppure necessario che il creditore, prima di agire contro il fideiussore, costituisca in mora il debitore principale. E ciò per la ragione anzidetta, ossia perchè allo esercizio dell'azione contro il fideiussore è sufficiente il fatto della mancanza di pagamento attuale.

La legge 16, § 6, D. *de fidei*, invocata in contrario da Delvincourt (2), seguìto da Duranton (3), non prova la necessità della costituzione in mora. È indiscutibile che il fideiussore è obbligato soltanto se il debitore è inadempiente, ma è falsa la deduzione che il creditore debba costituire questo ultimo in mora, mentre l'unica condizione voluta dalla legge è la mancanza di pagamento attuale.

È specioso l'argomento secondo il quale non si può dire che colui al quale non si domanda l'adempimento di un obbligo,

(1) Vivante, *Trattato di dir. comm.*, IV, parte 1ª (Torino, 1901), n. 1692, p. 131, il quale aggiunge che se non v'è alcun atto conservativo da compiere, per es. nel caso di un avallo prestato per l'accettante d'una cambiale non domiciliata, il possessore può rivolgersi contro l'avallante anche prima d'escutere o interpellare l'accettante.

Sulla questione se il possessore cambiario, il quale ha perduto l'azione contro l'avallante, possa senz'altro escuterlo come un *fideiussore ordinario*, la giurisprudenza italiana si è pronunciata per l'affermativa: Cass. Torino, 12 novembre 1894 (*Foro It.*, 1895, 219); Corte app. Milano, 28 aprile 1896 (*Foro it.*, 1896, 712); Id., 26 maggio 1893 (*Mon. Trib.*, 1893, 750); App. Venezia, 31 dicembre 1875 (*Temi Ven.*, 1876, 53). Per la negativa sono la dottrina e la giurisprudenza tedesca citate da Vivante, *op. cit.*, IV, parte 1ª, n. 1693, nota 15 a p. 133, il quale propugna anch'esso la negativa e sostiene che, venuta meno l'obbligazione cambiaria, manca la base per un'altra obbligazione, sia pure di garanzia, e che estendere la garanzia dell'avallante ad una obbligazione che egli non ha *voluto* assumere è contraddire alla natura propria del contratto di garanzia che è di interpretazione restrittiva (art. 1902, Cod. civ.). E conclude che, surrogando l'azione cambiaria con un'azione di diritto comune, il magistrato farebbe rivivere con arbitrarii apprezzamenti quei vincoli giuridici che il legislatore ha subordinato all'osservanza di termini e forme inflessibili; e così si priverebbero le forme cambiarie della loro sanzione facendo degenerare l'istituto in un'inutile forma.

(2) In Troplong, *op. cit.*, n. 232.

(3) Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n. 331.

Digitized by Google

ricusa di compierlo (1): il creditore non ha bisogno di chiedere al debitore tale adempimento quando egli si rivolge al fideiussore appunto perchè il debitore non ha pagato. Non si tratta di sapere se il debitore rifiuta di pagare; ma di sapere se abbia o non abbia pagato quando e come doveva pagare. Non si può pertanto pretendere dal creditore l'adempimento d'una formalità che la legge non richiede (2).

520. — Va poi notato che se l'obbligazione del debitore richiede per sua natura la costituzione in mora mediante intimazione (*mora ex persona*), e il creditore non adempie tale formalità o con una intimazione propriamente detta o con altro atto scritto equivalente, giudiziale o stragiudiziale, il fideiussore può bensì invocare questa mancanza di costituzione in mora, ma non come condizione necessaria all'esercizio dell'azione creditoria contro lui, bensì come eccezione spettante al debitore (Cod. it., art. 1927; Cod. franc., articolo 2036). E ciò perchè in tal caso il debitore è tenuto a pagare soltanto dopo la costituzione in mora, e il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore e sono inerenti al debito (Cod, it., art. 1927 cit.) (3).

Se invece si tratta di una obbligazione principale in cui la mora si verifichi di pieno diritto per la sola scadenza del termine (*mora ex re*; *dies interpellat pro homine*), è evidente

(1) È l'argomento del citato Duranton, *loc. cit.*

(2) In senso conforme: Ponsot, *Du cautionnement*, n. 33; Troplong, n. 231-232; Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 6; Pont, *Des petits contrats*, II, n. 11 e 154; Laurent, XXVIII, n. 203; Guillouard, n. 117, p. 132-133; Galdi, n. 67, p. 74; Corsi, p. 96-97; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1023, p. 500 — Bordeaux, 18 août 1841 (Dalloz, *Rép.*, v. *Cautionnement*, n. 160).

Il Mirabelli, *op. cit.*, n. 16, p. 415-416, ammette che il debitore vien meno alla sua obbligazione quando, dovendola soddisfare nel domicilio del creditore, nel giorno della scadenza, ivi non si presenti a soddisfarla; ma se il soddisfacimento deve accadere altrove, il creditore deve presentarsi nel luogo designato per ricevervi la cosa. Al che mancando non v'è inadempimento da parte del debitore, e il creditore non può, per il citato autore, indirizzarsi al fideiussore, perchè non ha costituito in mora il debitore. La inosservanza di tale principio non produce nullità, ma può dar luogo a pagamento di spese (Id., *loc. cit.*).

(3) Vedi Troplong, n. 232.

Digitized by Google

che il fideiussore non può invocare la mancanza di costituzione in mora neppure come eccezione personale al debitore.

521. — Per quanto concerne l'epoca in cui il fideiussore deve soddisfare il debito, vale pertanto la regola per cui il fideiussore deve soddisfare l'obbligazione garantita e non adempiuta, allorchè sia scaduto il termine fissato per la sua esecuzione da parte del debitore inadempiente. E ciò in conseguenza della sussidiarietà della fideiussione.

522. — Ciò posto, se il debitore diviene non solvente, o cade in fallimento, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse, egli perde il beneficio del termine a norma dell'articolo 1176 Cod. civ. it. (Cod. comm. it., art. 701). Quale è allora la sorte del fideiussore?

Chi sostiene che il fideiussore decade anch'esso dal beneficio del termine, si fonda: 1° sull'*accessorietà* della fideiussione, la quale, secondo tale concetto, diventa esigibile quando diviene esigibile l'obbligazione principale; 2° sulla intenzione delle parti, le quali non avendo fissato un termine speciale per il fideiussore, hanno tacitamente convenuto che la sorte del fideiussore doveva essere eguale a quella del debitore (1).

Respingiamo questa opinione: In primo luogo perchè l'accessorietà della fideiussione non toglie che il rapporto accessorio sia distinto dal rapporto principale (2); di modo che non tutte le cause che modificano l'obbligazione del debitore principale, modificano necessariamente l'obbligazione del fideiussore (3). In secondo luogo non è logico presumere che i contraenti abbiano inteso di parificare le sorti del debitore e del fideiussore quanto al termine; si può infatti presumere che, essendo stato fissato un termine all'obbligazione del debitore, il fideiussore abbia fatto assegnamento su tale epoca ed abbia regolato i proprii interessi in vista di detta scadenza. Non sarebbe quindi giusto, nè equo obbligarlo a pagare prima del giorno convenuto.

(1) Larombière, *Des obligations*, II, art. 1188, n. 22; Aubry et Rau, IV, § 303, testo e nota 18.

(2) Vedi *retro*, n. 73 e seg.

(3) È quanto osserva giustamente il Guillouard, n. 118, p. 134.

Digitized by Google

Non vale poi l'obbiezione che la scadenza del termine prova l'insolvibilità del debitore, in previsione della quale il fideiussore si è obbligato; perocchè il fideiussore si è vincolato in previsione della insolvibilità del debitore all'epoca della scadenza, e non per un'insolvibilità anteriore (1).

Il detto principio è applicabile anche alla fideiussione solidaria (2). Ed è, a più forte ragione, applicabile allorquando il fideiussore semplice o solidale, ha espressamente subordinato il pagamento da parte sua all'osservanza d'un termine (3).

523. — Il fideiussore adunque non perde il beneficio del termine neppure se il debitore fallisce. Perocchè è bensì vero che, per effetto della dichiarazione di fallimento i debiti a scadenza obbligatoria a carico del fallito e quelli la scadenza dei quali è rimessa alla di lui volontà si intendono scaduti (Cod. comm. it., art. 701 cit.). Ma questa disposizione è applicabile al fallito e non anche al suo fideiussore, la cui obbligazione personale è, per le dette ragioni, distinta da quella del garantito, pur essendovi connessa (4).

524. — Il principio sopra esposto è applicabile anche alla garanzia cambiaria ossia all'avallo.

Così se l'accettante d'una cambiale fallisce, il termine del pagamento s'intende bensì scaduto rispetto al fallito in forza dell'art. 701 Cod. comm. it., ma non rispetto all'avallante contro il quale, per conseguenza, non si può procedere esecutivamente prima della scadenza pattuita nella cambiale (5). E

(1) Duranton, XI, n. 120; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXV, n. 707; Guillouard, n. 118, p. 134; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1014, p. 495-496 — Cass. franc., 3 juillet 1890 (*Dalloz*, 1891, I, 5); Bourges, 12 novembre 1889 (*Gaz. Pal.*, 1889, 2, 596); Trib. civ. Lyon, 26 avril 1894 (*Loi*, 26 octobre 1894); Orléans, 11 août 1893 (*Gaz. Pal.*, 1893, 2, 329).

(2) Cass. franc., 3 juillet 1890, citata nella nota precedente; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1014, p. 496.

(3) Guillouard, n. 118, p. 134; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1016, p. 496; Bourges, 12 novembre 1889 (*Gazette du Palais*, 1889, II, 596); Trib. de Nevers, 25 mars 1889 (*Ivi*, 1889, I, 642).

(4) Vedi gli autori citati nella nota 4 al n. 542. Adde: Pardessus, *Cours de droit comm.*, V, nota 1 a pag. 158; Alauzet, *Comm. du Cod. de comm.*, 3e édit., n. 2487; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, n. 2695; Cuzzeri, *Del fallimento*, n. 164 (*Verona*, 1895).

(5) Corte d'App. Roma, 3 marzo 1892 (*Foro it.*, 1892, 1192).

Digitized by Google

infatti, nonostante la connessità esistente fra l'obbligazione dell'avallante e quella dell'avallato, la dipendenza di quella da questa non è assoluta e non impedisce che l'obbligazione dell'avallante sia distinta da quella dell'avallato, secondo quanto dicemmo nell'esame dei rapporti tra l'avallo e la fideiussione ordinaria (1).

525. — Per la notata distinzione fra l'obbligazione garantita e la fideiussoria, supposto che il debitore rinunci al beneficio del termine, il fideiussore non perde tuttavia il diritto di valersi del termine stesso (2).

526. — Altro effetto della fideiussione è quello di obbligare il fideiussore a pagare nelle condizioni pattuite.

Così se il fideiussore si è obbligato a pagare soltanto per l'epoca in cui avrà i mezzi per soddisfare il debito, non può essere costretto a pagare prima che egli abbia tali mezzi (3).

527. — Nel caso di un fideiussore che garantisca chi ha più debiti della stessa specie, alcuni dei quali sono compresi nella garanzia, ed altri non sono garantiti, la posizione del fideiussore verso il creditore dipende dall'imputazione che il debitore, pagando, può fare, a sua scelta sopra questo o quello dei suoi debiti.

È infatti noto che chi ha più debiti della stessa specie, ha diritto di dichiarare, quando paga, qual sia il debito che intende di soddisfare (Cod. it., art. 1255). Per conseguenza il debitore di più debiti della stessa specie può imputare il pagamento da lui eseguito sia sui debiti garantiti come sui debiti non garantiti, senza che l'imputazione, fatta a norma di legge, tra il debitore e il creditore possa essere impugnata dal fideiussore (4).

Nel caso in cui la quietanza non esprima alcuna imputazione, il pagamento fatto dal debitore deve, a norma di legge, essere imputato ai debiti garantiti, perchè sono questi

(1) Vedi *retro*, n. 261 e seg.

(2) Trib. civ. Lyon, 11 juillet 1888 (*Mon. jud. Lyon*, 9 janvier 1889); Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1015, p. 496.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1012, p. 495; Aix, 20 mai 1891 (*Rec. d'Aix*, 1892, 1, 33).

(4) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1011, p. 494 — Cass. Napoli, 6 marzo 1885 (*Legge*, 1885, II, 124).

Digitized by Google

i debiti che, all'epoca del pagamento, il debitore aveva maggiore interesse di estinguere, se tutti i debiti erano egualmente scaduti (arg., art. 1258 Cod. it., e art. 1256 Codice francese) (1).

528. — Qualora poi la fideiussione comprenda soltanto una parte del debito e il debitore paghi parzialmente il creditore, tale pagamento dovrà essere imputato sulla parte del debito garantito ovvero su quella non garantita?

Per sostenere la prima soluzione si è affermato: 1° che il pagamento deve imputarsi al debito più oneroso (vedi articolo 1258 Cod. civ. it.), e che l'obbligazione contratta mediante fideiussione è più onerosa di quella assunta puramente e semplicemente (2); 2° che il debitore ha più interesse a pagare la parte garantita (3).

Questa opinione è contraria al principio per cui nei contratti si deve indagare la comune intenzione delle parti (Codice it., art. 1131). La ragione per la quale il creditore e il debitore hanno convenuto che il debito dovesse essere assicurato mediante fideiussione è stata presumibilmente questa: garantire al creditore il pagamento della parte che non venisse pagata dal debitore principale. Nella previsione che questi avrebbe pagato una parte del debito, il creditore ha accettato una fideiussione parziale. È quindi logico che il pagamento parziale sia imputato alla parte del debito non garantita, e che il fideiussore sia tenuto a pagare il residuo fino all'ammontare della sua garanzia. Altrimenti la fideiussione non raggiunge lo scopo che, nel caso in discorso, l'aveva determinata.

Che il debitore possa preferire una imputazione alla parte del debito garantita, è indiscutibile; ma l'interesse partico-

(1) Laurent, n. 275; Guillouard, n. 225, p. 254; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1011, p. 494; Paris, 21 décembre 1894 (*Gaz. Pal.*, Table 1re, sem. 1895, v. *Caution*, n. 7).

(2) Decisione del Parlamento di Parigi, 3 agosto 1709, citata dal Troplong, n. 247.

(3) Confr.: Caen, 16 juillet 1851 (*Dalloz*, 54, V, 98); Trib. civ. Lyon, 31 janvier 1888 (*Mon. jud. Lyon*, 25 avril 1888); Toullier, VII, n. 179; Duranton, XII, n. 999; Ponsot, n. 545; Larombière, *Th. et prat. des obligations*, art. 1256, n. 7.

Digitized by Google

lare di uno fra i contraenti non può sostituirsi allo scopo del contratto e sviarne le legittime conseguenze. La regola relativa all'imputazione sul debito più oneroso non è pertanto applicabile al caso in discorso non dovendosi in tale questione determinare quale sia l'interesse del debitore, ma bensì dovendosi dare effetto ad un contratto fatto nell'interesse del creditore col consenso dello stesso debitore (1).

529. — Per tale ragione riteniamo inoltre che se il fideiussore ha prestato garanzia soltanto per il capitale e non per gli interessi, e il debitore fa un pagamento parziale, questo pagamento deve essere imputato prima agli interessi, essendo ciò conforme allo scopo della garanzia in discorso, che fu quello di assicurare al creditore il pagamento del capitale. S'aggiunga che questa decisione ha un fondamento di analogia nella stessa legge, per la quale chi ha un debito che produce interessi non può, senza il consenso del creditore, imputare un pagamento non integrale al capitale a preferenza degli interessi (Cod. civ. it., art. 1256; Cod. franc., art. 1254); per la qual cosa non si vede perchè dovrebbe accordarsi al fideiussore una facoltà che non spetta al suo garantito (2).

530. — Ma, nel caso di fideiussione indefinita, la domanda degli interessi contro il debitore principale fa decorrere gli interessi contro il fideiussore, essendo questi obbligato per tutti gli accessori del debito (Cod. it., art. 1903; Cod. franc., art. 2016) (3). Il principio vale anche nel caso di fideiussione solidaria (4).

Al contrario la domanda degli interessi contro il fideius-

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, n. 345; Troplong, n. 247; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 1; Pont, *Des petits contrats*, II, n. 394; Laurent, XXVIII, n. 275; Guillouard, n. 119, p. 135; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1012, p. 494-495; Cassation, 23 juillet 1883 (*Sirey*, 1885, I, 171); Id., 12 novembre 1890 (*Pandectes françaises*, 1891, I, 214); Poitiers, 8 mai 1891 (*Ivi*, 1892, II, 62).

(2) Troplong, n. 246. Confr. la L. 68, § 1, D. *de fideiussione*, che decide in senso conforme per il caso dei fideiussori del fisco.

(3) Fournier, in *Rev. crit.*, 1887, n. 34; Baudry-Lacantinerie et Wahl n. 1009, p. 494.

(4) Fournier, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

Digitized by Google

sore non fa decorrere gli interessi contro il debitore principale (1), anche se la fideiussione è solidaria, non dovendosi reputare il fideiussore solidale come un debitore solidario propriamente detto (2).

§ 2.

Effetti del fallimento del fideiussore o del debitore

SOMMARIO: 531. Diritti del creditore verso il fideiussore fallito e verso altri coobbligati falliti. — 532. *Quid juris* se il fideiussore del fallito ha una ipoteca o un pegno sui beni del debitore fallito? — 533. Diritti del creditore nel caso in cui il debitore ottiene un concordato. — 534. *Quid juris* nel caso di risoluzione del concordato? — 535. *Quid juris* nel caso di annullamento del concordato? — 536. *Quid juris* nel caso in cui venga dichiarato un secondo fallimento? — 537. Se il fideiussore del conduttore possa valersi dello scioglimento della locazione avvenuto in forza dell'art. 703 Cod. comm. it.

531. — Il fallimento del fideiussore non toglie l'azione del creditore verso di lui, diretta a conseguire il pagamento del debito; ma obbliga il creditore stesso ad entrare nella procedura collettiva di fallimento ove intenda di far valere i suoi diritti, tale essendo l'effetto della dichiarazione di fallimento per tutti i creditori (Cod. comm. it., art. 699, capoverso 2). Il fallimento del fideiussore diminuisce pertanto l'ammontare del credito in quanto il creditore viene pagato secondo la percentuale fissata nella ripartizione (Cod. comm., art. 809 e seg.). Ciò non toglie però che anche dopo il compimento delle ripartizioni della sostanza mobiliare e immobiliare del fideiussore fallito, e dopo la chiusura del fallimento, il creditore conservi le sue ragioni verso lo stesso fideiussore per il pagamento del residuo credito (Cod. cit., art. 815). E infatti il fideiussore fallito non può ottenere dal tribunale la cancellazione del suo nome dall'albo dei falliti, se non quando provi di aver pagato *interamente*, in capitale, inte-

(1) FOURNIER, *loc. cit.*, n. 33; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1010, p. 494.
(2) Vedi *retro*, n. 251. Confr. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *loc. cit.*

Digitized by Google

rossi e spese, *tutti i crediti ammessi al fallimento* (Cod. cit., art. 816).

Se poi si tratta del creditore di un fideiussore fallito obbligatosi in solido con altri coobbligati falliti, i diritti di tale creditore sono efficacemente tutelati con disposizione speciale dalla legge commerciale, in quanto essa dispone che il possessore di obbligazioni garantite in solido dal fallito e da altri coobbligati che si trovano in stato di fallimento, può concorrere per la totalità del credito stesso e partecipare alle ripartizioni *in tutte le masse dei fallimenti* (Cod. cit., arg., art. 788). Per il che al creditore riesce più facile di ottenere il pagamento integrale, mentre ciò non sarebbe possibile qualora dovesse scegliere uno dei fallimenti (ad esempio, quello del fideiussore) e concorrere soltanto in questo; oppure se fosse ammesso in ciascun fallimento, ma dedotto quanto ha ricevuto dagli altri.

Ma questa regola speciale cessa di essere applicabile quando il creditore abbia ricevuto, prima del fallimento, una parte del suo credito da taluno dei coobbligati o dal fideiussore. In tal caso l'avvenuto pagamento parziale ha estinto in proporzione il debito di fronte a tutti i coobbligati; e quindi se, in appresso, ha luogo il fallimento degli stessi coobbligati, il creditore non può essere compreso nella massa che con deduzione della parte ricevuta, salvo il suo diritto di rivolgersi di nuovo al coobbligato che ha pagato, oppure al fideiussore qualora dai fallimenti degli altri non ricevesse l'intero suo credito (Cod. cit., art. 790, parte 1ª).

D'altro lato, se il fallito ha un fideiussore il quale ha pagato in parte il debito solidale, questo fideiussore è bensì compreso nella massa per tutto ciò che ha pagato a scarico del fallito; ma il creditore conserva il diritto di prelevare, sino all'intero pagamento, il dividendo che sarà per essere assegnato al fideiussore, restringendo in tal caso le sue azioni verso lo stesso fideiussore a quella somma di cui rimanesse ancora creditore dopo aver riscossi i due dividendi (Codice cit., art. 790, capov.).

532. — Può avvenire che il fideiussore del fallito, il quale (fideiussore) ha fatto un pagamento parziale abbia, per sicurezza della sua azione di regresso, un'ipoteca o un pegno sui

Digitized by Google

beni del debitore fallito. In tale caso il fideiussore concorre nel fallimento per tutta la somma della ipoteca o del pegno; ma questa somma si confonde con quella dovuta al creditore, per modo che questi prende sulla ipoteca o sul pegno del debitore fallito quanto gli spetta ancora a titolo di residuo; e la detta somma è computata una volta sola nel calcolo della maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni dei creditori del fallimento (Cod. cit., art. 791), dovendo ciascun credito figurare una volta sola nel fallimento.

533. I diritti del creditore verso il fideiussore non vengono meno neppure nel caso in cui il debitore fallito ottenga un concordato.

Il fideiussore può intervenire nel concordato in due casi: 1° quando, dopo la dichiarazione del fallimento, abbia garantito ai creditori del fallito concordatario l'intero adempimento delle obbligazioni contenute nel concordato; 2° quando, prima della dichiarazione di fallimento, siasi già obbligato per il debitore divenuto poi fallito e in seguito concordatario (1).

Nel primo caso i creditori hanno azione verso il fideiussore, se il fallito concordatario non adempia le obbligazioni assunte col concordato.

Nel secondo caso il creditore conserva l'azione per l'intero suo credito, ossia per avere quanto rimane di insoluto, contro il detto fideiussore, ancorchè il concordato sia stato dal creditore volontariamente consentito (Cod. cit., art. 792). Eguale diritto verso il fideiussore hanno i creditori rimasti estranei al fallimento, per i quali il concordato è obbligatorio (2). Con la quale disposizione si toglie alla formazione del concordato l'ostacolo che vi si opporrebbe qualora il creditore non potesse dopo il concordato agire per la rimanenza contro i fideiussori.

La ragione per cui la legge commerciale ha derogato alla regola del diritto comune secondo la quale la remissione parziale del debito accordata al debitore libera i fideiussori (Cod. civ. it., art. 1282) si fonda, oltre che sulla detta opportunità di non ostacolare la formazione del concordato, sulla

(1) Vidari, *op. cit.*, vol. IX, n. 8785.
(2) Cuzzeri, *op. cit.*, n. 937, con le sentenze ivi citate.

Digitized by Google

considerazione che il condono parziale del debito fatto col concordato ha un carattere di coazione per i creditori, i quali anche se accettano il pagamento d'una percentuale, l'accettano perchè le sostanze del debitore sono insufficienti ad estinguere tutto il credito; per modo che diventa più imperiosa per essi la necessità di escutere, per la rimanenza, il fideiussore.

534. — Con la *risoluzione* del concordato non cessano i diritti dei creditori verso i fideiussori *in esso intervenuti* (Cod. comm., art. 843, § 4).

Qui ricordiamo, per maggior chiarezza, che il concordato può essere *risolto* se il fallito vien meno agli obblighi assunti nel concordato stesso, e ciò su domanda della duplice maggioranza richiesta per la sua formazione o individualmente da uno o più creditori (Cod. cit., art. 843).

Si deve poi avvertire che se vi sono dei fideiussori, la domanda, che va proposta davanti al tribunale, in nome dei creditori, dal curatore o dagli stessi creditori, chiamato il curatore, dev'essere proposta non soltanto in contraddittorio del fallito, ma anche dei detti fideiussori (Cod. cit., art. 843, § 2).

535. — Il concordato. benchè omologato, può inoltre essere *annullato* dal tribunale qualora si scopra dopo l'omologazione che dolosamente siasi esagerato il passivo o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. In tal caso l'annullamento libera di diritto le fideiussioni date per il concordato (Cod. comm., art. 842). Disposizione logica, in quanto la fideiussione non può sussistere se viene annullata l'obbligazione principale a cui essa ha acceduto.

536. — Qualora poi venga dichiarato un secondo fallimento senza che sia stato risoluto o annullato il concordato anteriore, se il creditore anteriore al concordato ripropone il suo credito nei limiti dell'art. 845 Cod. comm., i fideiussori del precedente concordato non sono liberati (1). Perocchè se, esistendo creditori posteriori al concordato, venga pronunciata una nuova dichiarazione di fallimento, il concordato non ancora adempiuto si reputa senz'altro risolto, e si riapre una nuova procedura di fallimento che assorbisce la prima,

(1) C. App. Casale, 1 luglio 1887 (*Giur. Cas.*, 1887, 281).

Digitized by Google

poichè non possono sussistere contemporaneamente due procedure di fallimento per uno stesso debitore; ma i diritti dei creditori anteriori al concordato permangono, nei limiti segnati dal citato art. 845 Cod. comm., in quanto tali creditori possono rientrare nell'integrità dei loro diritti rispetto al fallito, oltre al poter partecipare nella massa nelle prescritte proporzioni. Se pertanto tali creditori rientrano nei loro diritti integrali verso il fallito, è logico che il fideiussore del precedente concordato non sia liberato.

537. — Il citato art. 792 Cod. comm. risolve anche una questione che può nascere dall'art. 703 dello stesso Codice. Per quest'ultimo articolo, se il fallito è conduttore d'immobili per i bisogni del suo commercio, e il contratto deve continuare oltre tre anni dalla data della dichiarazione del fallimento, la massa dei creditori ha facoltà di chiederne lo scioglimento mediante il pagamento di un giusto compenso.

Ciò posto, si domanda se il fideiussore del conduttore possa valersi dell'accordato scioglimento e se, per conseguenza, la sua obbligazione debba limitarsi al pagamento del compenso suddetto.

Se la questione dovesse essere risolta in base ai principî del diritto civile, converrebbe ritenere che sciolta l'obbligazione principale del conduttore, deve cessare anche l'obbligazione sussidiaria del fideiussore. Ma la questione va invece risolta a termini del riferito art. 792 Cod. comm., che governa la soggetta materia. E poichè ivi chiaramente è disposto che il creditore conserva la sua azione *per l'intero credito* contro il fideiussore anche se il fallito ha ottenuto un concordato, ed egli vi ha volontariamente consentito, fa d'uopo decidere che il fideiussore con lo scioglimento della locazione, non è obbligato a garantire il pagamento del solo compenso dovuto al locatore, ma bensì rimane vincolato per l'intero ammontare del credito.

Soluzione certamente contraria ai principî direttivi della fideiussione, ed anche all'equità, ma che ci sembra imposta dalla legge commerciale (1).

(1) In questo senso Fubini, *Delle locazioni immobiliari*, n. 615, p. 551-552, che cita App. Casale, 13 febbraio 1894 (*Giur. Cas.*, 1894, p. 98).

Digitized by Google

§ 3.

I mezzi esecutivi contro il fideiussore.

SOMMARIO: 538. Il titolo esecutivo — 539. Diritto barbarico. — 540-543. Diritto feudale. — 544. Diritto italiano vigente.

538. — Per agire esecutivamente contro il fideiussore occorre al creditore un titolo esecutivo. E qui è interessante il confronto del diritto positivo vigente col diritto barbarico e col diritto francese dell'epoca feudale, perocchè da tale avvicinamento delle moderne alle antiche disposizioni risulta una volta ancora il progresso graduale compiutosi per quanto concerne la tutela degli interessi e dei diritti dei mallevadori.

539. — A) *Diritto barbarico.* — Nel diritto barbarico, il creditore poteva agire contro il fideiussore, così come contro il debitore, per via di *pigneratio*, consistente nel diritto di impadronirsi, di sua privata autorità, dei beni mobili del debitore, alle condizioni prescritte dalla legge, e senza intervento dell'autorità. Se il debitore voleva riavere i suoi beni, doveva pagare; ma, dopo un certo tempo, i beni restavano definitivamente acquisiti al creditore che ne diveniva proprietario a titolo di pagamento. Se il debitore resisteva alla *pigneratio* commetteva un delitto, e per l'azione *ex delicto* che ne nasceva era tenuto al pagamento d'un'ammenda oltre al capitale. Altrettanto era disposto per il creditore che procedeva alla *pigneratio* senza averne il diritto (1). Soltanto più tardi le leggi prescrissero l'intervento dell'autorità pubblica (2).

540. — B) *Diritto feudale.* — Nel diritto francese dell'epoca feudale il *plége* doveva, alla costituzione in mora,

(1) Leggo dei Burgundi, tit. XIX, § 30; Leggi di ROTARI, cap. 264; Leggi di LIUTPRANDO, cap. 41.

(2) Legge dei Visigoti, V, 6, § 1; Legge dei Bavaresi, tit. XIII, § 1; Editto di TEODORICO, cap. 123. Consulta GLASSON, *op. cit.*, III, § 22, p. 251, il quale scrive circa l'antica e brutale *pigneratio*, che invece di obbligare il creditore a vendere i beni del debitore per pagarsi sul prezzo, « on trouvait plus simple de donner directement les meubles en paiement, et cela était tout naturel à une époque ou l'argent étant rélativement rare, les dettes s'acquittaient, même volontairement, sous forme de *datio in solutum* » (*loc. cit.*).

Digitized by Google

pagare o dare dei pegni. I mezzi per costringerlo a ciò erano rigorosi, perocchè, nel caso di rifiuto, il creditore poteva, secondo le usanze dell'epoca franca, ricorrere alla « saisie privée », ossia impadronirsi *di sua autorità* di tutto o di parte dei mobili che trovava nelle mani del fideiussore. E se questi si opponeva, incorreva in una ammenda. D'altra parte il creditore che errava nell'esercitare questa *saisie*, ad esempio perchè il termine non era ancora scaduto o perchè il debito era già stato pagato, era responsabile dei danni e veniva condannato ad un'ammenda (1).

Il creditore non poteva più, come all'epoca franca, conservare i mobili del fideiussore a titolo di pagamento; ma poteva soltanto tenerli in via provvisoria per lasciare al fideiussore il tempo di trovare la somma necessaria ad estinguere il debito; e ciò per un termine che varia a seconda delle consuetudini: o sette o quindici giorni, oppure sette giorni « pour les hommes de poeste » e quindici o quaranta giorni per i gentiluomini (2).

Spirato questo termine, il creditore, per il *Grand Coutumier de Normandie* (3), può vendere i mobili con autorizzazione giudiziale, e pagarsi sul prezzo, e se v'è un residuo deve darlo al fideiussore. Talune consuetudini consentono al creditore di vendere all'amichevole, ma in tal caso, s'egli trova un compratore, deve, prima di concludere il contratto con esso, offrire al fideiussore di restituirgli il pegno per il prezzo offerto da tale compratore (4).

541. — Se il *plége* non possedeva mobili che potessero estinguere il debito, il creditore poteva valersi contro lui dell'arresto personale, nell'epoca in cui questo mezzo di esecuzione era di diritto comune (5). Ma anche quando la « con-

(1) Consulta sulla *saisie privée* contro i *pléges*, i testi citati dal Glasson, *op. cit.*, VII, p. 655-656, nota 5, Paris, 1896.

(2) *Livre de jostice et de plet*, liv. XVIII, tit. 7; liv. XIX, tit. 38, § 1; *Cour des bourgeois*, chap. 71 e 76; *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60 e 89; Beaumanoir, t. I, chap. 30, n. 50 e 51, p. 625.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, p. 143.

(4) *Livre de jostice et de plet*, liv. XIX, tit. 38, § 1. Vedi Glasson, *op. cit.*, VII, p. 656.

(5) *Assises de Jérusalem*, *Cour des bourgeois*, chap. 39, 58, 80.

Digitized by Google

trainte par corps » cessò d'essere di diritto comune, fu conservata contro i *plèges* in alcune regioni della Francia (1). In seguito fu raramente applicata e finì per cessare anche perchè non si limitò più l'azione del creditore ai soli mobili del fideiussore, ma si estese agli immobili (2).

Se il fideiussore negava l'esistenza della *plègerie* poteva impedire, anche con la forza, che il creditore ponesse mano ai suoi mobili; ma se il creditore provava il suo buon diritto, il *plège* era condannato all'ammenda (3). D'altra parte il creditore poteva, invece di ricorrere alla giustizia, praticare la « saisie », ma se poi risultava che aveva avuto torto, incorreva anch'esso nell'ammenda (4).

542. — L'onere di provare giudizialmente la esistenza della *plègerie* incombeva al creditore. I mezzi di prova variavano molto a seconda delle consuetudini: o due testimoni, o un teste solo, ma purchè la sua deposizione sia confermata dal giuramento del creditore; oppure in mancanza di una scrittura, il giuramento dello stesso *plège* (5).

543. — La « saisie privée » divenne rara e cedette poi il posto all'azione giudiziale. Secondo la procedura esposta nel *Grand Coutumier de Normandie*, il *plège* è dapprima convenuto in giudizio dal creditore. Egli deve riconoscere o negare la sua obbligazione; se la riconosce fornisce dei pegni e ottiene un termine per pagare il debito o per mettere in causa il debitore. Se questi paga, il fideiussore è liberato; altrimenti il *plège* permane obbligato, ma può frattanto offrire dei pegni che il creditore serba per un certo tempo o può far vendere in appresso (6).

(1) Vedi i testi citati dal Glasson, *op. cit.*, VII, p. 656, in nota 5.

(2) Beaumanoir, t. II, chap. 43, n. 18, p. 176.

(3) Id., t. II, chap. 43, n. 16, p. 175.

(4) Vedi i testi citati dal Glasson, *op. cit.*, t. VII, p. 657, in nota 4.

(5) Beaumanoir, t. II, chap. 43, n. 6 e 7, p. 172; *Cour des bourgeois*, chap. 82; *Livre de jostice et de plet*, liv. XIX, tit. 38, n. 2; *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, p. 144; *Établissement de Saint Louis*, liv. 1, chap. 122.

(6) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60 e 99, p. 143 e 205. Confronta la procedura esposta da Beaumanoir, *op. cit.*, chap. 43, t. II, n. 10 e 20, p. 174 e 176.

Digitized by Google

544. — C) *Diritto italiano vigente.* — Esclusa qualsiasi traccia di esecuzione privata, e riconosciuto l'unico principio dell'esecuzione mediante l'intervento dell'autorità giudiziaria, con esclusione dell'*aggiudicazione in pagamento*, già ammessa dal diritto romano e dal Codice sardo (1), e dell'arresto personale, il diritto positivo odierno tutela efficacemente gli interessi dei fideiussori esigendo, per l'azione contro il garante, un titolo esecutivo (Cod. proc. civ. it., art. 553).

Dal che segue che il creditore può procedere all'esecuzione contro il fideiussore: *a*) in forza del contratto di fideiussione se questo fu ricevuto dal notaio e se fu spedito in copia avente forma esecutiva (Cod. proc. civ. it., art. 554, n. 3 e 556); *b*) in forza di una sentenza di condanna ottenuta dal creditore contro il fideiussore, se il detto contratto non fu ricevuto da notaio (Cod. cit., art. 554, 1°); o se il creditore preferì di ricorrere al giudice per averne un titolo esecutivo giudiziale, in luogo d'un titolo esecutivo contrattuale.

Per l'avallo che, a nostro avviso, non è una vera fideiussione (2), è titolo sufficiente la stessa cambiale da cui esso risulta (Cod. comm. it., art 323).

§ 4.

Beneficio d'escussione.

Sommario. — 545. Partizione.

545. — Posto il principio, già esaminato, secondo il quale, per la legislazione vigente, il fideiussore invitato a soddisfare il debito garantito può esigere dal creditore la preventiva escussione del debitore principale (3), occorre di analizzare le condizioni e le modalità di tale beneficio, e di determinare a chi spetti e quando sia escluso.

(1) Per effetto di questa *aggiudicazione in pagamento* i beni del *debitore* erano aggiudicati al creditore, fino alla concorrenza del suo credito, salvo al debitore e ad altri creditori ipotecari il diritto di chiedere entro un certo termine la vendita all'incanto di tali beni.

(2) Vedi *Parte Generale*, n. 261 e seg.

(3) Per quanto concerne lo sviluppo di questo principio, la sua critica, al sua storia e la legislazione comparata, vedi la *Parte Generale* della presente opera, n. 91 e segg.

Digitized by Google

A) — Condizioni per l'esercizio del beneficio di escussione.

SOMMARIO: 546. Le condizioni. — 547. Il momento in cui va invocato il beneficio d'escussione. — 548-554. Continuazione. — 555. L'indicazione dei beni del debitore. — 556. Se sia necessario che i beni indicati per la escussione siano immobili. — 557. Se sia necessario che tali beni bastino ad estinguere tutto il debito. — 558-559. Se l'indicazione dei beni debba farsi in una volta sola. — 560. Obbligo del creditore di escutere tutti i beni a lui indicati. — 561-562. Esclusione dei beni situati fuori della giurisdizione della Corte d'appello, in cui si deve fare il pagamento. — 563. Esclusione dei beni litigiosi. — 564. Senso dell'espressione « beni litigiosi ». — 565. *Quid juris* per i beni indivisi? — 566. Beni gravati da ipoteche numerose o eccedenti il loro valore. — 567-569. Concorso di garanzie reali con garanzie personali. — 570. Critica del sistema vigente. — 571. Beni attualmente posseduti da coloro che sono succeduti a titolo universale nelle sostanze del debitore. — 572. Se il fideiussore possa obbligare il creditore ad escutere non solo i beni del debitore garantito, ma altresì quelli degli altri debitori solidali non garantiti. — 573. L'anticipazione delle spese. — 574. Continuazione. — 575. Obbligo del fideiussore di offrire la detta anticipazione quando il creditore la richiede. — 576. Determinazione dell'ammontare dell'anticipazione e delle relative modalità.

546. — L'esercizio del beneficio di escussione è sottoposto a tre condizioni: in primo luogo il fideiussore deve farne istanza « nei primi atti della causa contro di lui promossa » (Cod. it., art. 1908); in secondo luogo deve indicare al creditore i beni da escutersi (Cod. cit., art. 1909); da ultimo deve anticipare le spese occorrenti per l'escussione (art. cit.).

547. — 1° *Il momento in cui va invocato il detto beneficio.* — La prima condizione era già richiesta dai Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1894; parmense, art. 2051; sardo, art. 2058; estense, art. 2038. Ed è prescritta dai Codici vigenti: francese, art. 2022; neerlandese, art. 1870; della Luigiana, art. 3015; di Haiti, art. 1786.

Per il Codice chileno, art. 2358, n. 5 e per il messicano, art. 1845, n. 1, il beneficio di escussione dev'essere opposto « luego que sea requerido el fiador », salvo il caso in cui il debitore al tempo della intimazione non avesse beni e li acquistasse in seguito (Cod. chileno); nel qual caso, e per il Cod. messicano, anche nel caso in cui si scoprissero beni

Digitized by Google

prima occultati dal debitore, il fideiussore può esigere l'escussione quantunque non l'abbia invocata prima.

Per il Cod. spagnuolo, art. 1832, il fideiussore deve opporre il beneficio dopo che è intimato di pagare.

Ciò posto, bisogna stabilire se con le parole *primi atti della causa*, debba intendersi che il fideiussore deve opporre il beneficio *in limine litis*, ossia al momento della entrata in causa; ovvero se l'istanza di escussione possa essere presentata anche in appresso.

Va premesso che la eccezione di escussione è *dilatoria del merito*, tale essendo ogni eccezione con la quale si voglia far respingere la domanda, non perchè priva di fondamento legale ma perchè *prematura*, o non provata, o non proposta regolarmente (1).

L'eccezione di escussione tende appunto a far respingere la domanda del creditore non perchè legalmente infondata, o non provata, o non regolarmente proposta, ma perchè *prematura*. In altri termini il fideiussore dice al creditore: io non discuto sul fondamento e sulla regolarità della vostra domanda; ma vi invito ad agire primieramente sui beni del debitore; io pagherò se e in quanto tale escussione riuscirà infruttuosa. Se il procedimento contro il debitore riesce interamente o in parte inefficace, il fideiussore deve rispondere del tutto o in parte, ed allora è evidentissimo che l'eccezione di escussione è dilatoria. Ma essa non perde il suo carattere di eccezione dilatoria neppure se l'escussione ebbe per risultato il pagamento totale per opera del debitore, con la conseguente liberazione del fideiussore. V'è chi sostiene che in tal caso la detta eccezione « produce gli effetti dell'eccezione perentoria », e che, per conseguenza, è un'eccezione irregolare che partecipa insieme della natura dilatoria e perentoria (2). Ma per determinare se la natura della nostra eccezione sia dilatoria o perentoria, si deve considerare non già il risultato finale, bensì lo scopo immediato dell'eccezione stessa. E questo scopo immediato — già lo dicemmo — non consiste nel voler fare respingere definitivamente la domanda

(1) Mortara, *Manuale della procedura civile*, vol. I, n. 22, p. 24.
(2) Così afferma il Corsi, *op. cit.*, p. 105-106.

Digitized by Google

del creditore; ma nel volere che si differisca l'esercizio dell'azione creditoria fino a quando si conosca il risultato dell'escussione verso il debitore. Può bensì avvenire che il fideiussore, mentre invoca l'eccezione, faccia assegnamento sopra la propria liberazione totale per effetto dell'escussione sui beni del debitore, che egli reputa sufficienti ad estinguere l'intero debito. Ma ciò potrà costituire la ragione ultima dell'eccezione, non già il suo scopo immediato. Senza dire poi che il fideiussore può errare nel reputare i beni sufficienti a soddisfare integralmente il debito, e che, pur non avendo egli errato nei calcoli, l'escussione può, per circostanze speciali, fruttare meno di quanto occorre. Per la quale ragione il criterio che si fonda sul risultato finale dell'escussione è fallace e incerto.

L'eccezione di escussione essendo *dilatoria del merito* è poi anche *perentoria del giudizio*, il quale può essere riproposto quando l'escussione del debitore sia stata del tutto o in parte infruttuosa (1).

548. — Nel diritto francese antico, mentre alcuni opinavano che l'istanza si potesse proporre in qualunque stadio della causa, ed anche in appello (2), altri, reputando l'eccezione di natura dilatoria, pensavano che il fideiussore, il quale avesse accettato la discussione sul merito senza opporre l'eccezione, dovesse essere ritenuto come rinunciante (3).

Nel progetto del Codice civile francese non era richiesto che il fideiussore facesse l'istanza nei primi atti della causa. Fu la Sezione di legislazione del Tribunato che propose di aggiungere le parole « sur les premières poursuites ». E nelle osservazioni della detta Sezione si legge che se « differenti atti hanno avuto luogo contro il fideiussore, senza ch'egli abbia domandato la escussione dei beni del debitore, egli *è reputato aver rinunciato alla facoltà datagli dalla legge* » (4).

549. — Da queste espressioni risulta chiaramente lo scopo che il legislatore si è proposto: evitare che il credi-

(1) Confr. Mortara, *op. cit.*, n. 22, p. 25.
(2) Vedi gli autori citati dal Troplong, n. 250.
(3) Id., e specialmente Pothier, n. 410.
(4) Fenet, XV, p. 28.

Digitized by Google

tore sia esposto all'arbitrio di un fideiussore il quale, ove non esistesse il limite in discorso, potrebbe, anche senza una seria ragione, opporre il beneficio troppo tardivamente, ed anche quando la causa già volge al suo termine. Ecco pertanto il significato delle parole *nei primi atti della causa*: non è necessario che l'eccezione sia opposta *in limine litis*, ma il fideiussore può invocarla finchè non compia atti idonei a far presumere che egli intende di rinunciare al beneficio; perocchè questo beneficio costituisce la regola e non si può, senza un serio fondamento, accogliere una presunzione di rinuncia. È pertanto affidata all'autorità giudiziaria la potestà di decidere se il fideiussore abbia invocato l'eccezione in tempo opportuno (1).

Le espressioni *nei primi atti della causa* consentono al giudice, nella loro indeterminatezza, questa latitudine. Infatti, quando il legislatore ha voluto che una eccezione fosse proposta *in limine litis*, ha adoperato espressioni determinate, come ha fatto, ad esempio, per la produzione delle eccezioni di nullità della citazione (Cod. proc. civ. it., art. 190) e per la invocazione della perenzione (Cod. cit., art. 340) con l'uso delle parole *prima d'ogni altra difesa* (2).

550. — Così se il fideiussore dapprima sostiene la nullità della fideiussione e l'autorità giudiziaria respinge questa sua eccezione, può tuttavia opporre il beneficio di escussione, perocchè tale eccezione implica il riconoscimento della validità della fideiussione; per la qual cosa il fideiussore non potrebbe, senza contraddirsi, negare la validità della fideiussione e nello stesso tempo chiedere l'escussione preventiva. Il legislatore non vuole che l'eccezione in discorso possa essere invocata dal fideiussore dopo che questi ha compiuto

(1) Merlin, *Rép.*, v. *Caution*, § IV, n. 1; Dalloz, *Rép.*, n. 182; Laurent, n. 211; Mirabelli, n. 17, p. 417; Guilloard, n. 130, p. 148; Galdi, n. 80, p. 87; Corsi, p. 107; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1043, p. 508. Confr. Troplong, n. 250. In senso contrario: Ricci, vol. IX, n. 339, il quale sostiene che l'eccezione di escussione essendo dilatoria deve, come ogni eccezione dilatoria, essere opposta *in limine litis*, perchè non è lecito al fideiussore di stancare inutilmente l'attore. Vedi pure in questo senso Corte d'app. di Trani, 3 dicembre 1879 (*Legge*, 1880, I, 197).

(2) Mirabelli, *loc. cit.*

Digitized by Google

atti idonei a far presumere la volontà di rinunciare al beneficio. Ma non si può presumere tale rinuncia se il fideiussore sostiene dapprima la nullità della fideiussione, essendo logico che il fideiussore, il quale crede di poter ottenere una dichiarazione di nullità della fideiussione, si appigli innanzi tutto a questa eccezione che, ove sia accolta, lo assolve da ogni azione creditoria di fideiussione (1). Riguardo agli inconvenienti che possono nascere per il creditore dall'essere rinviato al debitore per l'escussione preventiva, dopo aver dovuto sostenere in giudizio la validità della fideiussione, va notato che il creditore a torto si lagnerebbe delle conseguenze discendenti dall'esercizio di una facoltà che il fideiussore, valendosi della legge, esercita nei modi voluti.

551. — Nè crediamo che siavi rinuncia al beneficio allorquando, prima d'invocarlo, il fideiussore sostiene la nullità dell'obbligazione principale.

Chi sostiene invece esservi rinuncia, afferma che prima di discutere l'esistenza dell'obbligazione principale, il fideiussore deve dire al creditore: se vi è dovuto qualche cosa, il che io non discuto in questo momento, fatevi pagare da colui che affermate essere vostro debitore (2).

Ma è chiaro che il beneficio di escussione presuppone la validità dell'obbligazione principale, perchè senza di ciò non vi è fideiussione. È quindi logico che in primo luogo il fideiussore sostenga la nullità del debito principale e che ciò non implichi affatto la rinuncia al beneficio (3).

(1) Merlin, *Rép.*, v. *Caution*, § IV, n. 1; Troplong, n. 254; Duranton, XVIII, n. 335; Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 8; Pont, *Des petits contrats*, II, n. 170; Guillouard, n. 130, p. 149; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1043, p. 508; Galdi, n. 83, p. 89. Contro: Bartolo e Baldo citati dal Troplong, n. 254; Marsili, n. 19; Hering, c. 27, n. 210; Ricci, n. 339, il quale erroneamente sostiene non esservi contraddizione se il fideiussore che vuol dedurre la nullità della fideiussione invoca prima il beneficio di escussione; mentre è evidente che questa eccezione presuppone la validità della fideiussione la quale va pertanto accertata prima.

(2) In questo senso Guillouard, n. 130, p. 149. Vedi anche Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 8. Confronta Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1043, p. 508.

(3) Vedi: Troplong, *loc. cit.*; Galdi, *loc. cit.*

Digitized by Google

552. — La rinuncia al beneficio di escussione non può essere pertanto presunta senza un serio fondamento, e va esclusa se contraddetta dalle circostanze.

Per conseguenza mentre, di regola, il fideiussore che non ha invocato l'eccezione nel giudizio di primo grado, non può invocarla in grado d'appello (1) essendo logico presumere in tal caso la rinuncia, può invece valersene anche dopo i primi atti della causa ed anche in sede d'appello qualora esistano circostanze atte ad escludere la rinuncia stessa (2).

553. — E mentre, per regola, l'eccezione di escussione non può essere proposta *in qualunque stato* della causa fino alla *sentenza definitiva*, ma entro un certo tempo la cui durata dipende dalle circostanze, vi sono tuttavia dei casi nei quali la detta eccezione può essere invocata oltre quel tempo. Questa possibilità esiste, ad esempio, quando i beni, dei quali il fideiussore domanda l'escussione preventiva, siano pervenuti al debitore soltanto a giudizio già inoltrato, come nel caso di una eredità a lui devoluta (3).

Si obbietta che le espressioni *nei primi atti della causa* non consentono, nella loro generalità, di accogliere l'opinione di Pothier (4). Ma, al contrario, le dette espressioni permettono, nella loro indeterminatezza, di ammettere il beneficio di escussione anche a giudizio inoltrato, quando non sia lecito presumere una rinuncia, tale essendo lo spirito del citato art. 1908 del Codice italiano (art. 2022 del Codice francese). Che la rinuncia si deduca dalla volontà presunta del fideiussore nel momento in cui si compie l'atto da cui la legge fa desumere la rinuncia (5) è indiscutibile; ma

(1) Troplong, n. 251, che cita Cassazione, 27 gennaio 1839; Tolosa, 30 aprile 1836.

(2) Confr. Galdi, n. 83, p. 89. In senso contrario Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1044, p. 508: « Le benefico de discussion ne peut pas être opposé pour la première fois en appel; car la caution, en ne l'opposant pas dans la première instance, est réputé y avoir renoncé ».

(3) Pothier, n. 411; Merlin, *Rép.*, v. *Caution*, § 4, n. 1; Troplong, n. 256; Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 9; Pont, II, n. 171; Guillouard, n. 131, p. 150; Galdi, n. 83, p. 89. Contro: Duranton, XVIII, n. 337; Ponsot, n. 191; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1045, p. 508-509.

(4) Ponsot, *Du cautionnement*, n. 191.

(5) Così obbiettano Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

Digitized by Google

nella fattispecie non si ha questa presunzione di volontà, essendo assurdo il pretendere che il fideiussore invochi il beneficio quando il debitore non possiede ancora i beni dei quali si possa fare l'escussione preventiva. Non è dunque lecito di presumere la rinuncia a una facoltà che le circostanze non permettevano al fideiussore di esercitare.

Nè vale il dire che così si ritarda il momento in cui il creditore deve ricevere il pagamento e si dà luogo a spese di pura perdita che danneggiano il debitore (1). Lo ripetiamo ancora: sarebbe stato opportuno che il legislatore non avesse fatto del beneficio di escussione una regola; ma poichè il fideiussore può invocarlo, assistito dalla legge, e sotto l'osservanza delle volute condizioni, nè il creditore nè il debitore possono lagnarsi delle conseguenze. È un argomento di più a favore del divieto del beneficio stesso, *de jure condendo*, quando tale beneficio non sia stato pattuito espressamente.

554. — Poichè il beneficio di escussione è una facoltà che il fideiussore deve invocare, se intende di valersene, il magistrato non può ordinare d'ufficio l'escussione preventiva (2).

555. — 2° *L'indicazione dei beni del debitore.* — La seconda condizione richiesta per l'esercizio del beneficio d'escussione è questa che il fideiussore indichi al creditore i beni del debitore principale (Cod. civ. ital., art. 1909; Cod. francese, art. 2023) (3).

(1) Così il Duranton, XVIII, n. 337.

(2) Pothier, n. 411; Troplong, n. 249; Galdi, n. 82, p. 88. — Cass. Torino, 10 novembre 1884 (*Monit. Trib.*, 1884, 1121).

(3) Confr. Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1895; sardo, art. 2059; estense, art. 2039. Per il Codice parmense, art. 2052, incombeva al creditore, se voleva esser dispensato dall'obbligo della escussione del debitore, di provare che questi non aveva alcuna sorta di beni. Analogamente disponeva il *Landrecht* prussiano, § 283, che il fideiussore non è obbligato verso il creditore se non quando questi ha provato che il debitore è incapace di soddisfare i suoi impegni.

Conformi pure ai Codici italiani e francesi i vigenti Codici: neerlandese, art. 1871; spagnuolo, art. 1832; della Luigiana, art. 3016; di Haiti, art. 1787; del Perù (riassunto cit.); chileno, art. 2358, n. 6; dell'Uruguay, art. 2084; del Venezuela (riassunto cit.); columbiano, art. 2384.

Confr. Trib. Palermo, 15 giugno 1900 (*Circ. giur.*, 1900, 195) il quale ritenne che se il creditore si obbliga ad escutere il debitore principale prima di rivolgersi al fideiussore, questi ha diritto alla preventiva escussione, senza l'obbligo di indicare i beni del debitore, nè di anticipare le spese.

Digitized by Google

Il beneficio di escussione costituisce una deroga al diritto che dovrebbe avere il creditore di esigere il pagamento alla scadenza del termine sia contro il fideiussore come contro il debitore.

È pertanto giusto che il fideiussore non possa costringere il creditore ad una inutile escussione di un fideiussore che non possiede beni; ma debba dimostrare, con la indicazione dei beni, che l'eccezione da lui invocata non è un semplice artificio per differire l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria, bensì è destinata a produrre un effetto utile perchè estinguerà o interamente o in parte il debito principale, liberando il fideiussore stesso o totalmente o fino alla concorrenza del ricavato dall'escussione.

556. — Non è però necessario che i beni da indicarsi per l'escussione siano immobili. Invano si obbietterebbe che riguardo ai beni mobili vi è il dubbio se bastino al pagamento. In primo luogo la legge non esige che i beni indicati dal fideiussore siano sufficienti ad estinguere totalmente il debito, bastando invece che possano estinguerlo anche soltanto in parte.

In secondo luogo il testo della legge, dove si parla in generale di *beni*, esclude in maniera assoluta che occorrano per l'escussione preventiva beni *immobili*. Del resto il creditore si lagnerebbe a torto se obbiettasse che l'escussione dei beni mobili può dare un pagamento parziale mentre egli ha diritto a un pagamento integrale; perocchè il creditore può, subito dopo aver ricevuto un pagamento parziale, esigere che il fideiussore gli corrisponda la differenza (1).

557. — Non è pertanto necessario che i beni indicati dal fideiussore siano sufficienti ad estinguere tutto il debito, ma basta che possano rimborsarne una parte. In quest'ultimo caso l'escussione libera il fideiussore fino alla concorrenza del valore ricavato (2); mentre non lo libererebbe affatto se riuscisse inutile.

(1) Duranton, n. 338; Troplong, n. 262; Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 11; Pont, II, n. 178; Laurent, n. 213; Guillouard, n. 133, p. 151; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1037, p. 505; Galdi, n 85, p. 90.

(2) Guillouard, n. 133, p. 151; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1037, p. 505; Galdi, n. 86, p. 91. Conf. Codice argentino, art. 2017.

Digitized by Google

558. — In massima l'indicazione dei beni deve farsi in una sola volta (1), perocchè non deve esser lecito al fideiussore di ritardare il momento del pagamento al creditore, mediante indicazioni fatte successivamente, mentre il beneficio di escussione non è che un favore a lui accordato, e del quale non deve abusare.

Questo principio è però temperato da un altro, per il quale non si può negare al fideiussore il diritto di fare più d'una indicazione allorquando egli siasi trovato nell'impossibilità d'indicare tutti i beni in una sola volta.

Ciò accade, ad esempio, quando dopo la indicazione di taluni beni pervengano al debitore altri beni utilmente escutibili, mediante successione o in altro modo (2). Perocchè, avendosi in tal caso una vera impossibilità di indicare, in una sola volta, tutti i beni, il creditore obbietterebbe invano che l'esercizio del beneficio di escussione diventa per lui troppo oneroso. Che sia oneroso è certo; ma ciò è una conseguenza del principio relativo alla facoltà del fideiussore di esigere che si escutano i beni del debitore prima dei suoi. Il rimprovero adunque tocca il legislatore.

559. — Un'altra limitazione è necessaria, per il caso in cui il fideiussore, senza alcuna sua colpa, ignorava che un bene determinato ed utilmente escutibile era proprietà del debitore.

E la ragione è anche qui l'impossibilità d'indicare questo bene insieme con gli altri e la necessità di dare al beneficio di escussione quello svolgimento che è voluto dal suo scopo (3).

560. — Il fine dell'escussione preventiva essendo quello di ricavare dai beni del debitore quanto può produrre l'estinzione del debito e sottrarre il fideiussore alla responsabilità diretta, il creditore deve escutere tutti i beni a lui indicati dal fideiussore senza che egli possa restringere l'escussione

(1) Pothier, n. 412.

(2) Troplong, n. 264; Pont, II, n. 179; Guillouard, n. 134, p. 152; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1031, p. 502. Contro Pons.t, n. 195. In senso conforme al testo i citati Codici chileno, art. 2358, n. 5, e messicano, art. 1845, n. 1.

(3) Pont, II, n. 179; Guillouard, n. 134, p. 152; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1031, p. 502.

Digitized by Google

ad una parte soltanto dei beni stessi. Altrimenti potrebbe, date le volute condizioni, incorrere nella responsabilità speciale di cui parla l'articolo 1910 Codice ital. (Codice franc., art. 2024) (1).

561. — Ma poichè il fideiussore è già molto favorito dal beneficio di escussione, conviene non aggravare soverchiamente la posizione del creditore con un'escussione troppo difficile o dispendiosa.

Di qui nascono le limitazioni al diritto del fideiussore di esigere l'escussione di tutti i beni del debitore.

In primo luogo il fideiussore non può pretendere l'escussione dei beni « situati fuori della giurisdizione della Corte d'appello in cui si deve fare il pagamento » (Cod. italiano, art. 1909 capov.; francese, articolo 2023 capov.). Conformemente: Codici abrogati: delle due Sicilie, art. 1895; Codice parmense, art. 2052; sardo, art. 2059 (2); Codici vigenti: neerlandese, art. 1871; della Luigiana, art. 3016; di Haiti art. 1787; Cod. messicano, art. 1845, n. 2.

Per il Codice chileno, art. 2359, n. 1; per quello dell'Uruguay, art. 2081, nonchè per quello del Venezuela (riassunto cit.), e per il Cod. spagnuolo, art. 1832, i beni non devono trovarsi fuori del territorio dello Stato, mentre, secondo il Codice columbiano, art. 2385, n. 1, non si tien conto dei beni esistenti « fuori del territorio o del domicilio del debitore ».

A termini del Cod. argentino, art. 2014, i beni del debitore non devono trovarsi fuori del territorio della provincia o della capitale della Repubblica « donde el juez ejerza su jurisdiccion ».

Per il Codice giapponese, art. 453, il fideiussore deve provare che la esecuzione sui beni del debitore — solvibile — « è facile ».

562. — La ragione di tale principio fu espressa in questo senso che il creditore non dev'essere tenuto ad escutere beni situati a sì grande distanza che l'escussione sia troppo dispendiosa e imbarazzante (3).

(1) Vedi *ultra*.

(2) Per il Codice estense, art. 2039, il fideiussore doveva invece indicare i beni del debitore, situati nella Provincia in cui era domiciliato il creditore.

(3) Così disse Bigot-Préameneu al Consiglio di Stato (Fenet, XV, p. 16).

Digitized by Google

Se questa limitazione era giustificabile all'epoca della compilazione napoleonica, non è altrettanto fondata oggidì, per la grande facilità e celerità delle comunicazioni. Comunque, data l'anomalia del benefizio legale di escussione, la detta limitazione costituisce un correttivo del soverchio favore che la legge accorda al fideiussore.

563. — In secondo luogo il creditore non può essere obbligato ad escutere « beni litigiosi » (Cod. ital., art. cit.; franc., art. cit.). Conformemente Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1895; parmense, articolo 2052; sardo, art. 2059; Codici vigenti: neerlandese, art. 1871; della Luigiana, articolo 3016; di Haiti, art. 1787; chileno, art. 2359 n. 2 (1).

Perocchè altrimenti l'adempimento dell'obbligazione garantita sarebbe esposto a lunghi differimenti per effetto della litigiosità dei beni.

564. — La legge non precisa il significato dell'espressione *beni litigiosi*. Ma lo scopo del legislatore è certamente quello di impedire che il creditore sia costretto ad escutere beni riguardo ai quali i terzi vantino pretese tali da rendere o incerta o soverchiamente lunga e complicata l'escussione.

Va perciò primieramente escluso che i beni si debbano considerare litigiosi a norma dell'art. 1548 Codice italiano (art. 1700 Cod. franc.), dettato per la *cessione dei diritti litigiosi*, per il quale il diritto si ritiene litigioso quando la sua sussistenza già sia giudizialmente contestata (2). Nella disposizione che esaminiamo la frase beni litigiosi ha un senso più largo, in forza del quale non è necessario che la lite giudiziale relativa ai beni sia già sorta, ma può bastare che vi siano ragioni serie per le quali possa nascere (3).

(1) Confronta: Codice messicano, art. 1845, n. 2; argentino, art. 2014. Il Codice del Venezuela (riassunto citato) dichiara che non si deve tener conto neppure dei beni che furono messi all'incanto e non trovarono compratori.

(2) Laurent, n. 215; Aubry et Rau, § 426, testo e nota 10; Guillouard, n. 136, p. 153; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1033, p. 503.

(3) Confr.: Aubry et Rau, *loc. cit*; Guillouard, *loc. cit.*, i quali opinano che la parola « litigiosi » senza avere il senso stretto che ha nell'art. 1700 Codice franc. (art. 1548 Cod. it.) ha tuttavia un senso più ristretto che nell'art. 2019 Cod. cit. (art. 1905 Cod. it.) relativo alla solvenza del fideiussore, perchè nel nostro caso si tratta di beni la cui espropriazione dev'essere fatta immediatamente, mentre nell'altro caso tale espropriazione è più o meno lontana.

Digitized by Google

L'apprezzamento di tale litigiosità dei beni dipende dal retto criterio del magistrato, il quale non accoglierà il rifiuto del creditore se non quando gli risulterà che non si tratta di un semplice pretesto per evitare l'escussione preventiva.

565. — Talvolta la ragione d'analogia impone di equiparare ai beni litigiosi beni che, nel rigore dell'espressione, non sono tali.

Fu ritenuto, ad esempio, che si devono considerare come beni litigiosi i beni indivisi, per i quali l'espropriazione dovrebbe essere preceduta da un'azione di divisione, le cui lentezze paralizzerebbero i diritti del creditore ugualmente come una lite propriamente detta (1). Qui non si tratta, a dir vero, di beni litigiosi in senso proprio, ma è evidente, per quanto precede, che esiste una seria ragione di analogia per applicare il citato art. 1909 Cod. cit., dovendosi appunto, quando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (Cod. it., art. 3 capov.).

566. — Se i beni indicati dal fideiussore sono gravati da iscrizioni ipotecarie numerose o eccedenti il loro valore, il fideiussore, secondo una opinione, non può esimersi dall'escuterli, perchè senza un giudizio di graduazione non si può giudicare prima quali ipoteche esistono ancora e quali, benchè non cancellate, sono estinte (2).

Noi crediamo al contrario che il creditore possa rifiutarsi di escutere i detti beni, perchè la realizzazione del loro valore darebbe luogo a tali lentezze che il soddisfacimento del creditore si troverebbe esposto agli stessi inconvenienti che nascono da un litigio (3). Per la qual cosa il citato art. 1909,

(1) Toulouse, 9 mars 1819 (*Sirey*, C. N. VI, II, 39); Pont, II, n. 181; Laurent, n. 215; Guillouard, n. 136, p. 154; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1033, p. 503-504.

(2) Corte app. Genova, 9 ottobre 1883 (*Monit. Trib.*, 1883, 894); Galdi, n. 69, p. 74.

(3) In questo senso: Troplong, n. 266; Guillouard, n. 136, p. 154; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1033, p. 504. — Paris, 5 février 1892 (*Dalloz*, 1892, II, 497). Confr. Cod. civ. chileno, art. 2359, n. 4, per il quale non si deve tener conto dei beni « hypotecados á favor de deudos preferentes en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas ». Confronta

Digitized by Google

Codice italiano è anche qui applicabile per analogia. Nè rileva il fatto che in un giudizio di graduazione le ipoteche, o alcune di esse, potrebbero essere dichiarate estinte benchè non cancellate. Accertata la esistenza delle iscrizioni ipotecarie, il creditore non è tenuto a fare indagini sulla loro efficacia o sussistenza reale, ma ha ragione di ritenere o che la vendita non darebbe un risultato utile quando le iscrizioni superino il valore dei beni, o che il soddisfacimento dei suoi diritti sarebbe soverchiamente differito e ostacolato quando le iscrizioni sono numerose.

567. — Può verificarsi un concorso di garanzie reali con garanzie personali. E allora, se a cautela del debito il principale obbligato ha consentito al creditore un'ipoteca sui beni proprii, e, alla scadenza dell'obbligazione questi beni non sono più in potere del debitore, sorge la questione se tale fatto tolga il beneficio di escussione.

568. — Anche il diritto greco conosceva il concorso delle garanzie reali con le garanzie personali, in quanto alla fideiussione poteva aggiungersi, a favore del creditore, un pegno o una ipoteca.

Secondo un'opinione il creditore, in tal caso, non potrebbe agire contro il fideiussore se non dopo aver cercato di pagarsi sui beni a lui costituiti in pegno o in ipoteca; e il fideiussore sarebbe tenuto soltanto per l'eccedenza del debito sul valore del pegno (1).

Ma i testi che permettono al creditore di agire immediatamente contro il fideiussore senza che questi possa opporre il beneficio di escussione; i testi che sottopongono il fideiussore agli stessi mezzi di esecuzione valevoli contro il debitore principale; e la considerazione razionale che, per l'essenza

anche Cod. civ. germanico, § 773, n. 4, che esclude l'eccezione d'escussione se è a ritenersi che l'esecuzione forzata sui beni del debitore principale non conduca al soddisfacimento del creditore. Vedi però l'ultimo alinea del citato §.

(1) Questa opinione si fonda principalmente sopra la legge d'Efeso la quale, dopo un lungo stato di guerra, aveva disposto che i fideiussori sarebbero responsabili soltanto nel caso d'insufficienza dei beni ipotecati. Ma, secondo il Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 483, questa è una disposizione eccezionale che consiste nell'applicazione al fideiussore del « beneficio di guerra » disciplinato dalla legge; disposizione non applicabile perciò in tempo normale.

Digitized by Google

dell'obbligazione fideiussoria nulla s'oppone al diritto del creditore di agire direttamente contro il fideiussore, dànno un miglior fondamento alla contraria opinione, secondo cui in diritto greco, come anche in diritto romano, il fideiussore non può esigere la preventiva escussione del pegno o dell'ipoteca forniti dal debitore (1).

Ciò non toglieva che mediante clausole speciali, di cui esistono alcuni esempi, il fideiussore potesse pattuire d'essere responsabile soltanto nel caso d'insufficienza del pegno (2).

569. — Nel diritto francese antico si riteneva che il creditore non fosse, nel caso esposto, obbligato ad escutere, perchè l'escussione non dev'essere nè troppo lunga nè troppo difficile (3).

Questo principio passò nella legislazione francese (articolo 2023) e nella italiana (art. 1909 capov.). Conformemente: Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1895; sardo, articolo 2059 (4); Codici vigenti: neerlandese, art. 1871; della Luigiana, art. 3016; di Haiti, art. 1787.

570. — Anche in questo punto il legislatore, a nostro avviso, non è stato logico. Il creditore ha voluto una duplice garanzia: l'una personale (la fideiussione), l'altra reale (l'ipoteca). Il fideiussore ha fatto assegnamento su questa ipoteca, senza la quale forse non si sarebbe obbligato. Non si comprende adunque perchè il fideiussore non possa esigere che il creditore escuta i beni ipotecati prima di agire contro lui (5).

Si obbietta che l'escussione non dev'essere lunga nè difficile, mentre sarebbe tale se il creditore fosse obbligato a escutere beni che non fossero più in possesso del debitore, a cagione delle contestazioni che dovrebbe sostenere coi nuovi possessori dei beni e coi creditori (6).

(1) Dareste, in *Nouvelle Revue historique du droit*, 1877, p. 167; Beauchet, *op. cit.*, t. IV, p. 480-481, Paris, 1897.

(2) Beauchet, *op. cit.*, p. 481-483.

(3) Pothier, n. 413.

(4) Non passò invece il detto principio nei Codici parmense ed estense.

(5) Vedi in questo senso le osservazioni del tribuno Goupil Préfeln sull'art. 2023 Cod. franc. (Fenet, XV, p. 66-67); Guillouard, n. 137, p. 156.

(6) Chabot, in Fenet, XV, p. 71.

Digitized by Google

Ma le contestazioni coi creditori e le formalità alle quali esse dànno luogo, si avrebbero anche quando gli immobili si trovassero in potere del debitore; ed anche la necessità di un giudizio di graduazione non toglierebbe al fideiussore il beneficio di escussione tranne se vi fossero iscrizioni ipotecarie numerose o eccedenti il valore degli immobili (1).

Fu inoltre obbiettato che la posizione d'un terzo possessore non è meno interessante di quella d'un fideiussore, e non sarebbe giusto che il fideiussore, il quale è tenuto per un vincolo personale, facesse cadere tutto il peso della responsabilità sopra un terzo possessore, il quale non ha promesso nulla ed è obbligato soltanto a cagione della cosa (2).

Ma appunto perchè il terzo possessore dell' immobile ipotecato è tenuto in forza di un diritto reale, esperibile *erga omnes*, egli non può respingere l'azione del creditore, nascendo questa direttamente dall' iscrizione ipotecaria gravante sull' immobile da lui posseduto. Nulla importa pertanto che il terzo possessore non sia obbligato *personalmente* al pagamento del debito, mentre il fideiussore vi si è personalmente obbligato. Il creditore può escutere i beni del terzo possessore così dietro richiesta del fideiussore come di sua libera scelta, perocchè e nell'un caso e nell'altro egli agisce con una azione *reale*.

Se poi gli immobili sono in potere d'un terzo non a titolo di vendita o altra alienazione, ma di *semplice possesso*, e questo fatto non può dar luogo a liti, non si vede sempre *de jure condendo*, perchè il creditore non debba escuterli. Il divieto di esercitare il beneficio di escussione nascerebbe soltanto quando tale possesso potesse dar luogo a una lite col creditore all'atto dell'escussione, trattandosi allora di beni litigiosi (3).

Concludendo, è inesatto il ritenere *a priori*, come ha fatto il legislatore, che l'escussione di beni ipotecati per cautela del debito e posseduti da un terzo, sia per sè stessa troppo lunga e difficile.

Miglior partito sarebbe stato quello di lasciar sottoposta

(1) *Retro*, n. 566. Vedi Guillouard, *loc. cit.*
(2) Così il Troplong, n. 267; Ricci, IX, n. 340.
(3) Guillouard, *loc. cit.*

Digitized by Google

tale questione ai principii che governano in genere l'escussione preventiva, secondo quanto si disse precedentemente in rapporto alle varie contingenze. Così soltanto si sarebbe potuto negare il beneficio di escussione quando questa fosse stata veramente troppo lunga e difficile, e accordarlo nel caso contrario.

571. — In ogni modo è certo, anche per la legge vigente, che il creditore può essere costretto a escutere quei beni, già ipotecati per sicurtà del debito, che siano attualmente in possesso di coloro i quali sono succeduti a titolo universale nelle sostanze del debitore principale, essendo essi i continuatori della personalità giuridica del debitore principale, ed escutibili perciò nella misura in cui ciascuno d'essi deve concorrere al pagamento dei suoi debiti (1).

572. — Allorchè vi sono più debitori solidali e uno di essi ha fornito un fideiussore, crediamo che questo fideiussore non possa obbligare il creditore ad escutere non solo i beni del debitore garantito, ma altresì quelli degli altri debitori.

Per l'affermativa fu detto che la ragione su cui si fonda il beneficio di escussione essendo la convenienza che un debito sia pagato, fin ch'è possibile, da coloro che ne sono i veri debitori, tale considerazione milita eziandio nella specie in discorso. In secondo luogo si può dire che colui il quale s'è costituito fideiussore di uno tra i debitori solidali, è del pari in qualche modo fideiussore anche degli altri, perchè l'obbligazione di tutti questi debitori essendo un'obbligazione sola, egli accedendo all'obbligazione di uno di essi, ha acceduto anche a quella degli altri (2).

Ma, qualunque fondamento si voglia assegnare al beneficio di escussione, la decisione dipende unicamente dal sapere se chi garantisce uno dei debitori solidali, garantisca anche gli altri. Posto ciò, è falsa l'opinione affermativa, perocchè chi garantisce presta fideiussione esclusivamente per la persona designata nel contratto; non potendosi presumere la volontà di mallevare altre persone oltre quella dichiarata, per la regola

(1) Confr. Pothier, n. 413.
(2) Pothier, n. 413; Troplong, n. 270.

Digitized by Google

che la volontà di prestar fideiussione deve essere espressa (1). E poi le convenzioni possono avere effetto soltanto fra le parti contraenti; ed i condebitori solidali restano estranei ai rapporti tra il fideiussore e il debitore. Infatti, se l'obbligazione del debitore mallevato fosse annullata, ad es., per errore o dolo, il fideiussore sarebbe liberato, mentre se egli avesse garantito tutti i debitori, rimarrebbe tuttavia garante degli altri.

Il fideiussore non ha di fronte al creditore, per quanto concerne la soggetta materia, più diritti del debitore garantito. Questi non potrebbe costringere il creditore ad escutere i beni degli altri debitori solidali prima di escutere lui stesso, opponendosi a ciò i principii relativi alla solidarietà passiva. Per la qual cosa neppure il fideiussore può esigere tale escussione. La legge stessa porge, del resto, un altro argomento, in quanto accorda al fideiussore che ha pagato il regresso contro tutti i debitori obbligati in solido, quando il fideiussore « ha fatto sicurtà per tutti » (Cod. it., art. 1917; franc., art. 2030). Dal che si deduce che non può parlarsi di fideiussione prestata per tutti i debitori solidali se non quando la garanzia sia stata esplicitamente fatta per tutti gli obbligati (2).

573. — 3° *L'anticipazione delle spese.* — La terza condizione necessaria all'esercizio del beneficio di escussione consiste nell'obbligo del fideiussore di anticipare le spese occorrenti per l'escussione (Codice civ. it., art. 1909 cit.; franc., art. 2023 cit.). Conformemente Cod. abrogati: delle Due Sicilie (art. 1895); sardo (art. 2059); estense (art. 2039) (3); Codici vigenti: neerlandese (art. 1871); della Luigiana (art. 3016); di Haiti (articolo 1787); chileno (art. 2361) (4); messicano (articolo 1845, n. 3); columbiano (art. 2386).

Questo principio, benchè ammesso già dall'antica giurisprudenza (5), fu vivamente combattuto al Tribunato dal tri-

(1) *Retro*, n. 277.

(2) Pont, II, n. 183; Laurent, n. 216; Guillouard, n. 138, p. 158; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1036, p. 504-505.

(3) Tale obbligo non è invece dichiarato dal Codice parmense.

(4) A termini di questo articolo, capov. ult. del Codice chileno, se il fideiussore *preferisce* fare egli stesso la escussione, dentro un termine ragionevole « serà oido ». E a norma dell'art. 1847, Codice messicano, il creditore può anzi *obbligare* il fideiussore ad escutere i beni del debitore.

(5) Pothier, n. 414.

Digitized by Google

buno GOUPIL-PRÉFELN, il quale affermò che l'imporre al fideiussore l'obbligo di anticipare le spese, equivale ad accordargli da un lato il beneficio di escussione e a toglierglielo, almeno implicitamente, dall'altro lato (1).

Ma ebbe ragione di replicare il tribuno CHABOT che, poichè il beneficio di escussione è una deroga ai principii in forza dei quali il fideiussore dovrebbe essere obbligato al pagamento alla scadenza del termine, è giusto che il fideiussore anticipi le spese per l'escussione preventiva, essendo egli già abbastanza favorito dalla legge. E d'altra parte non sarebbe giusto che il creditore, cui l'escussione preventiva cagiona un duplice danno per il ritardo cui lo espone e per le molestie che gli arreca, fosse obbligato ad anticipare le somme necessarie ad una escussione che è fatta non tanto nel suo diretto interesse quanto per il vantaggio del fideiussore (2).

574. — Mentre nel diritto francese antico l'anticipazione delle spese era richiesta soltanto per l'escussione dei beni immobili (3), in diritto moderno tale anticipazione è dovuta dal fideiussore sia che si tratti di escutere immobili, sia che si tratti di escutere mobili, essendo che la legge dopo aver parlato di beni, in generale, dichiara che il fideiussore deve « anticipare le spese occorrenti per l'escussione » (art. cit.), senza fare distinzione tra mobili ed immobili (4).

575. — Non è poi necessario che il fideiussore, sotto pena di nullità dell'istanza, offra al creditore l'anticipazione delle spese nel momento in cui domanda l'escussione preventiva; ma basta che il fideiussore faccia l'offerta quando il creditore chiede l'anticipazione.

Così si riteneva nel diritto francese antico (5). Quanto alla legislazione vigente, è bensì vero che a norma del citato art. 1909 Cod. it. (art. 2023 Cod. franc.), il fideiussore il quale « fa istanza per l'escussione deve. . . . . anticipare le spese occorrenti »; ma queste espressioni non includono

(1) FENET, XV, p. 63-64.
(2) FENET, XV, p. 69-70.
(3) POTHIER, n. 414.
(4) TROPLONG, n. 272; PONT, II, n. 174; GUILLOUARD, n. 139, p. 159; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1028, p. 502.
(5) POTHIER, n. 414.

Digitized by Google

necessariamente il bisogno di un'offerta contemporanea alla domanda di escussione, perchè altro è il dichiarare che il fideiussore istante deve anticipare le spese, ed altro è il richiedere che l'offerta di tale anticipazione debba accompagnare l'istanza di escussione. E poichè la legge non prescrive la detta condizione non è lecito all'interprete di crearla (1).

576. — Dato che insorga controversia tra il fideiussore e il creditore relativamente all'ammontare della somma necessaria all'escussione o sulla consegna dei denari nelle mani del creditore, l'autorità giudiziaria competente deciderà sia riguardo all'ammontare dell'anticipazione come riguardo alle modalità della consegna del denaro, o per parti o per la totalità, nelle mani del creditore, o mediante deposito secondo le circostanze (2).

B) — Sanzione dell'obbligo di escutere il debitore.

Sommario: 577-578. Responsabilità del creditore per il ritardo nell'escutere il debitore divenuto poi insolvibile. — 579. Condizioni alle quali è subordinata la responsabilità del creditore. — 580. Continuazione. — 581. Obbligo del fideiussore di escutere anche i beni non ipotecati a suo favore.

577. — Opposto dal fideiussore il beneficio di escussione, può avvenire che il creditore non proceda subito all'escussione stessa e che frattanto il debitore diventi insolvibile. Ecco allora sorgere la questione se il creditore possa agire nuovamente contro il fideiussore.

Nel diritto francese antico tale punto era controverso.

Pothier (3) opinava che il creditore potesse nuovamente rivolgersi al fideiussore perchè il diritto che attribuisce ai fideiussori il beneficio di escussione si limita ad arrestare le

(1) Troplong, n. 273; Laurent, n. 212; Guillouard, n. 140, p. 159; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1029, p. 502. — Cassation, 21 mars 1827 (*Sirey*, C. N. VIII, I, 554); Corte app. di Roma, 17 giugno 1898 (*Temi Romana*, 1898, 366). Contro: Bordeaux, 6 août 1833 (*Sirey*, 1834, II, 51). — Pont, II, n. 175.

(2) Troplong, n. 274-275; Pont, II, n. 176; Guillouard, n. 140, p. 159; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1030, p. 502.

(3) Pothier, *Op. cit.*, n. 415.

Digitized by Google

azioni del creditore spiegate contro il fideiussore sino a che egli non ha chiesto il pagamento al debitore principale e non gli ha escusso i beni. Basta dunque che il creditore non agisca contro il fideiussore prima d'aver agito contro il debitore principale e prima di aver escusso i beni di costui. Il creditore può spiegare questa azione quando gli sembra opportuno; nulla l'obbliga ad esercitarla a piacere del fideiussore(1). « Nemo invitus agere compellitur ». « Creditor ad petitionem « debiti urgeri minime potest ». Il fideiussore se teme il caso della insolvibilità, può agire egli stesso contro il debitore come ha diritto di fare fino dal momento in cui è stato citato. Si deve fare eccezione soltanto per il fideiussore che siasi obbligato verso il creditore soltanto *in id quod servari non poterit.*

In massima l'opinione di Pothier fu adottata nel progetto dell'art. 2024 Cod. franc., fatta eccezione per il caso in cui il creditore avesse accettato i denari necessari alla escussione (2).

Al Consiglio di Stato tale progetto fu criticato. Lo si modificò nel senso che non si dovesse lasciare al creditore, cui siano state fatte *offerte* sufficienti, la libertà di non agire affatto contro il debitore principale.

Il Primo Console propose una distinzione. « Quand le « créancier accepte les deniers, il consent à se charger des « poursuites, et dés lors tous les événements postérieurs doi- « vent être à sa charge; mais quand il les refuse et qu' ils « sont ensuite consignés, on pourrait ne faire commencer sa « responsabilité que trois mois aprés ».

Ma quantunque il verbale della seduta 23 frimaio anno XII dichiarasse che l'emendamento del Primo Console era adottato e che l'articolo era rinviato alla Sezione, la distinzione non fu effettivamente inserita nel testo definitivo (3).

Dal che segue che il creditore è responsabile, nelle indicate condizioni, sia che i denari siano stati da lui accettati,

(1) Contro: Statuto di Bretagna, art. 192 dello Statuto nuovo e 209 dell'antico.

(2) Fenet, XV, p. 6.

(3) Fenet, XV, p. 23-25.

Digitized by Google

sia che abbia avuto luogo il deposito dei denari stessi, purchè il fideiussore li abbia forniti (1).

578. — Ciò premesso, ecco il testo definitivo dell'articolo 2024 Codice francese « Toutes le fois que la caution a « fait l'indication de biens autorisé par l'article précédent, et « qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le « créancier est, jusqu' à concurrence des biens indiqués respon- « sable, à l'egard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur « principal, survenue par le défaut de poursuites ». Conformemente: Cod. it., art. 1901; Codici abrogati: delle Due Sicilie (art. 1896); sardo (art. 2060); estense (art. 2040) (2); Codici vigenti: neerlandese (art. 1872); della Luigiana (art. 3017); di Haiti (articolo 1788); Cod. chileno (art. 2365, e messicano art. 1850); argentino (art. 2015 e 2018).

Dato il beneficio di escussione, la regola in discorso è giustificata, poichè la facoltà di esigere l'escussione preventiva deve potersi esercitare utilmente dal fideiussore. E ciò non si avvererebbe se il creditore potesse a suo beneplacito ritardare gli atti contro il debitore e conservare la facoltà di agire contro il fideiussore anche se nel frattempo il debitore diventasse insolvibile. Il ritardo, se imputabile al creditore, non deve esser cagione di danno al fideiussore, il quale col fornire i fondi ha compiuto il dover suo. Nulla poi importando se i denari siano stati accettati dal creditore o depositati dietro il suo rifiuto di accettarli, non v'è alcuna ragione per accordare uno spazio di tre mesi al creditore, nel caso di deposito, come avrebbe voluto il Primo Console. Perocchè l'obbligo del creditore di iniziare subito gli atti contro il debitore nasce dal momento in cui il fideiussore ha fornito denari a sufficienza. Certamente, in massima, nessuno può esser costretto da un terzo ad agire contro il proprio debitore. Ma ciò che non può esigere un privato, può esigere indirettamente la legge dichiarando responsabile il creditore del danno cagionato a un terzo (nel nostro caso il fideiussore) per il ritardo frapposto nell'agire contro il proprio debitore,

(1) Guillouard, n. 142, p. 162; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1039, p. 506.

(2) La disposizione non è riprodotta dal Codice parmense.

Digitized by Google

quando quest'obbligo di agire abbia un fondamento legale, come si avvera appunto nel caso in esame.

579. — La legge (art. 1910 cit.) dichiara che qualora il fideiussore abbia indicato i beni e somministrate le spese occorrenti, il creditore è responsabile « fino alla concorrenza dei beni indicati, a cagione della non solvenza del debitore principale, sopraggiunta per essersi da lui differito il procedimento giudiziale ».

Quattro adunque sono le condizioni alle quali è subordinata la responsabilità del creditore: 1° l'indicazione dei beni; 2° la somministrazione delle spese; 3° la non solvenza del debitore; 4° la colpa del creditore in rapporto al ritardo.

580. — Le due prime condizioni non esigono schiarimenti, dopo quanto già si disse. Riguardo alle ultime due, incombe al fideiussore l'onere di provare che il ritardo è dovuto a colpa del creditore e che da tale colpa dipende l'impossibilità di escutere il debitore (1). Deve inoltre il fideiussore determinare l'estensione della insolvibilità del debitore.

Ne segue che l'insolvibilità del debitore sopraggiunta nonostante la diligenza del creditore non ricade su quest'ultimo, mancando l'estremo della colpa.

E se l'insolvibilità del debitore risale a un tempo tale che quand'anche il creditore avesse iniziato gli atti, la procedura sarebbe riuscita inutile, il creditore non è responsabile quantunque non abbia cominciato a fare gli atti, perocchè manca il rapporto di causa ad effetto fra la sua inazione e l'impossibilità di escutere il debitore.

Lo stesso si dica se l'insolvibilità del debitore sia sopraggiunta così rapidamente da togliere al creditore il tempo necessario per agire (2).

Il fideiussore, determinato quanto avrebbe prodotto l'escussione, se fatta in tempo utile, resta obbligato per la differenza, qualora risulti che da tale escussione il creditore non

(1) Guillouard, n. 143, p. 163; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1039, p. 506. Confronta per qualche rapporto: Corte app. Roma, 17 giugno 1896 (*Temi Romana*, 1896, 366).

(2) Troplong, n. 279-280.

Digitized by Google

avrebbe ricavato una somma sufficiente ad estinguere totalmente il suo credito (1).

581. — Poichè il creditore ha l'obbligo di escutere tutti i beni indicati dal fideiussore, deve escutere non solo i beni che siano ipotecati a suo favore, ma anche gli altri a lui non ipotecati. Supposto che egli abbia fatto gli atti soltanto sopra i beni ipotecati a suo favore e che sopraggiunga l'insolvibilità del debitore quando la vendita degli immobili ipotecati non ha fruttato una somma sufficiente ad estinguere il debito, il creditore è responsabile, per la differenza, essendo egli in colpa per non avere escusso anche gli altri beni indicati dal fideiussore e a lui non ipotecati. Non varrebbe al creditore l'invocare l'art. 2080 Cod. civ. it. (confr. Cod. franc., articolo 2209), a termini del quale il creditore, senza il consenso del debitore, non può far subastare gli immobili non ipotecati a suo favore se non quando i beni ipotecati per il suo credito sono insufficienti. Questa disposizione riguarda i rapporti tra il creditore ipotecario e i creditori personali del debitore, i quali possono domandare la preventiva escussione degli immobili ipotecati. Ma nel caso in esame si tratta dei rapporti tra un fideiussore e il creditore; e poi la legge non esige che il fideiussore indichi soltanto beni suscettivi d'essere escussi tutti insieme. Quindi devesi applicare non l'articolo 2080, bensì la disposizione speciale del citato art. 1910 Cod. ital. (Cod. franc., art. 2024) (2). Il creditore non può adunque restringere l'escussione ad una parte dei beni a lui indicati, allegando che questa parte sia, per sè stessa, sufficiente all'estinzione del debito. Se egli erra nelle previsioni, le conseguenze ricadono sopra lui.

(1) Galdi, n. 92, p. 94. Conf. Codice chileno, art. 2365 cit., e Codice messicano, art. 1850 cit.

(2) Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 13; Pont, II, n. 185; Laurent, n. 218; Guillouard, n. 144, p. 163; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1034, p. 504. — Cassation, 8 avril 1835 (*Sirey*, 1835, I, 717).

Digitized by Google

C) — Qualità e cause determinanti o escludenti il beneficio di escussione.

SOMMARIO: 582. Il fideiussore giudiziale. — 583. Il fideiussore legale. — 584. Il *fideiussor fideiussoris*. — 585. Diritto del *fideiussor fideiussoris* di domandare l'escussione del fideiussore garantito e del debitore. — 586. Diritto del *fideiussor fideiussoris* di invocare le eccezioni, inerenti al debito, del fideiussore garantito. — 587. Il fideiussore del fideiussore giudiziale. — 588. Continuazione. — 589. Esclusione del diritto di chi garantisce il fideiussore giudiziale di esigere l'escussione del debitore. — 590. Condizione giuridica dell'« approbatore ». — 591. Esclusioni dal beneficio di escussione dei non fideiussori. — 592. Rinuncia al beneficio di escussione. — 593. Fideiussore obbligatosi in solido col debitore. — 594. Esclusione del beneficio d'escussione per chi ha garantito un'obbligazione principale. — 595. Cause speciali di esclusione dal beneficio di escussione. — 596. Notoria insolvibilità e fallimento del debitore. — 597. *Quid juris* se l'escussione non può più farsi nello Stato in cui il debito fu contratto?

582. — In massima il beneficio di escussione appartiene ad ogni fideiussore. Le eccezioni sono determinate o dalla legge o dal contratto.

1° *Il fideiussore giudiziale.* — Un'eccezione posta dalla legge è quella che risulta dall'art. 1923 Cod. civ. ital., il quale, adottando una massima già accolta dal diritto francese precedente il Codice (1) e introdotta poi nella legislazione napoleonica (art. 2042), dichiara che il *fideiussore giudiziale* non può domandare l'escussione del debitore principale. Massima ripetuta negli abrogati Codici: delle Due Sicilie, articolo 1914; parmense, art. 2071; sardo, art. 2081; estense, art. 2061; e nei vigenti Codici: neerlandese, art. 1869, n. 5; spagnuolo, art. 1856; della Luigiana, art. 3035; di Haiti, art. 1808; chileno, art. 2358, n. 4; dell'Uruguay, art. 2079, n. 6; del Venezuela (2); della Repubblica argentina, articolo 2013, n. 8.

Si cerca di giustificare questa eccezione coi seguenti argo-

(1) POTHIER, n. 409.

(2) Vedi il riassunto di questo Codice fatto da RAOUL DE LA GRASSERIE, Paris, 1897, p. 210, il quale avverte che il Codice venezuelano riproduce testualmente gli art. 2011-2043 del Codice francese.

Digitized by Google

menti: 1° quando la fideiussione è convenzionale, il creditore può provvedere alla propria garanzia con patti idonei, ad esempio, con l'esigere dal fideiussore la rinuncia al beneficio di escussione; laddove il creditore non ha la stessa libertà nel caso di fideiussione giudiziaria; per la qual cosa non è giusto che egli soffra danno per questa situazione; 2° il rispetto dovuto alle decisioni non permette di ritardare l'esecuzione con mezzi dilatorî: l'autorità della giustizia così vuole perchè il debitore tratta con la giustizia (1).

Noi crediamo che con la disposizione in discorso il legislatore ha aggravato l'errore fondamentale commesso con lo elevare a regola il beneficio di escussione.

Ammesso questo beneficio, non v'era alcuna seria ragione per accordarlo al fideiussore convenzionale, e, come vedremo, al fideiussore legale (2) e non al fideiussore giudiziale. Nella fideiussione giudiziaria anche il fideiussore non ha libertà di stabilire i patti, nello stesso modo che non ha tale libertà il creditore; sicchè il legislatore che ha stabilito il beneficio di escussione per favorire i fideiussori è caduto in contraddizione, favorendo invece, con l'eccezione in discorso, il creditore a danno del fideiussore. È poi assurdo il concetto del debitore che tratta con la giustizia: quando il magistrato ordina che si presti una fideiussione, esso non contratta con nessuno, ma comanda (3). E, dato il beneficio di escussione, non si comprende come possa essere menomato il rispetto per la giustizia da un ritardo nella esecuzione della sentenza, quando il beneficio di escussione è accordato dalla legge stessa (4).

In conclusione il legislatore, a nostro avviso, ha stabilito un principio contrario all'essenza della fideiussione, quando ha fatto del beneficio di escussione una regola di diritto presuntivo, ed ha offeso la logica, quando ha escluso dal detto beneficio il fideiussore giudiziale. La logica e i principii

(1) Domat, in Laurent, n. 201; Troplong, n. 594. Confr. Guillouard, n. 121, p. 137.

(2) Vedi *ultra*, n. 583.

(3) Laurent, n. 201.

(4) Confr. Galdi, n. 188, p. 200-201.

Digitized by Google

avrebbero invece voluto che il beneficio in discorso non fosse accordato, come regola, nè al fideiussore convenzionale, nè al legale, nè al giudiziario.

583 — 2° *Il fideiussore legale.* — Gli autori trascurano completamente, o quasi, la questione se il divieto del beneficio in discorso si estende anche al fideiussore *legale*. Mentre, di fronte al testo della legge, la negativa è certa essendo che il citato art. 1923 Cod. civ. it., identico all'art. 2042 Codice franc., parla unicamente del fideiussore giudiziale, le parole dette a questo proposito, dagli autori del Codice francese dànno apparenza di fondamento alla massima contraria, per cui anche il fideiussore *legale* non potrebbe valersi del beneficio.

Chabot nella sua Relazione al Tribunato così disse: « Le bénéfice de discussion n'est pas accordé aux *cautions légales et judiciaires* parce qu'elles ne peuvent faire aucune restriction aux cautionnements qui sont exigés par la loi et que d'ailleurs tout est de rigueur dans cette matière, soit à cause de la nature de la dette, soit à cause de l'autorité de la justice ». Il Tribuno Lahary, nel suo discorso al Corpo Legislativo espresse un concetto identico: dopo avere accennato alle disposizioni contenute negli art. 2042 e 2043 Cod. francese, così si espresse: « Ces dispositions paraîtraient sans doute trop rigoureuses si alles s'appliquaient aux cautions conventionnelles; mais elles ne concernent que les *cautions légales et judiciaires*. Or ces sortes de cautions contractent avec la loi ou avec ses ministres; et dès lors elles doivent présenter la plus forte comme la plus sûre de toutes les responsabilités ».

Senza dubbio è grande il valore delle dichiarazioni di coloro che furono gli autori d'una legge; ma noi crediamo che l'interprete abbia il diritto di respingerle quando siano assolutamente inconciliabili col testo della stessa legge. E ci sembra che non si tenga conto del testo quando si estende al fideiussore *legale* la riferita disposizione. Se il legislatore voleva estendere il divieto al fideiussore legale poteva e doveva nominare anche quest'ultimo, anzichè far parola del solo fideiussore giudiziale.

Tra la fideiussione legale e la giudiziale esiste infatti una distinzione precisa. E lo stesso legislatore francese e l'italiano

Digitized by Google

riconoscono questa distinzione quando intitolano il capo relativo alla soggetta materia: *Della fideiussione legale e della fideiussione giudiziale*. Nell'art. 2040 Cod. franc. (art. 1921 Cod. ital.) la medesima distinzione è ribadita, essendo ivi dichiarato che « qualora una persona venga obbligata *dalla legge* o *dal giudice* a dare una sicurtà, il fideiussore offerto deve, ecc. ». Non si comprende pertanto come un divieto posto per il fideiussore *giudiziale*, unicamente nominato nella citata disposizione, possa avere efficacia anche contro il fideiussore *legale*, di cui la legge tace assolutamente.

Del resto, quando il legislatore ha voluto stabilire un principio comune all'uno e all'altro fideiussore, ha adoperato una espressione comprensiva. Così all'art. 1922 Cod. it. accorda la facoltà di dare in luogo del fideiussore un pegno od altra cautela sufficiente, a colui che deve dare una sicurtà; ed è indiscutibile che questo principio è comune al fideiussore legale come al giudiziale. Il contrario deve pertanto affermarsi del principio in discorso.

Chabot e Lahary invocano anche il rispetto dovuto all'autorità della legge e la natura speciale della fideiussione che con essa si contrae. Ma, a parte la violenza che si dovrebbe fare al testo, osserviamo essere inesatto il parlare di una fideiussione che si contrae con la legge, allo stesso modo che si dice cosa vuota di senso quando si parla di una fideiussione che si contrae col magistrato.

L'eccezione è adunque posta soltanto per il fideiussore giudiziale: l'estenderla al fideiussore legale costituisce una interpretazione arbitraria.

584. — 3° *Il « fideiussor fideiussoris »*. — Occorre ora determinare la posizione giuridica del fideiussore del fideiussore (*fideiussor fideiussoris*), di fronte al creditore.

In sostanza il fideiussore del fideiussore garantisce, riguardo al creditore, l'obbligazione del fideiussore, come il fideiussore garantisce quella del debitore principale. Principio esattamente espresso nel Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 497 e nel Codice generale del Montenegro, art. 471, § 2.

Ne segue che il fideiussore del fideiussore è obbligato verso il creditore soltanto nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori siano non solventi o siano liberati

Digitized by Google

per mezzo di eccezioni personali al debitore e ai fideiussori (Cod. civ. ital., art. 1914).

Con questa disposizione, presa dal Codice sardo (art. 2064) e che non si trova nel Codice francese, il legislatore italiano ha inteso di regolare la posizione giuridica di colui che si obbliga direttamente verso il creditore a garantire l'adempimento dell'obbligazione assunta dal primo fideiussore (*fideiussor fideiussoris*); e non ha punto inteso di dettare tale disposizione per il fideiussore del regresso, ossia colui che si obbliga a tenere indenne il primo fideiussore da ogni molestia che questi può soffrire in conseguenza della fideiussione (1). Che l'art. 1914 sia dettato per il *fideiussor fideiussoris* è dimostrato innanzi tutto dalla sua collocazione nella sezione I del capo II che s'intitola: « Degli effetti della fideiussione *fra il creditore e il fideiussore* », mentre la fideiussione del regresso dà vita ad un rapporto diretto *fra il primo fideiussore e il secondo* che garantisce lui e non il creditore. In secondo luogo la espressione « fideiussore del fideiussore », adoperata nel riferito art. 1914, risponde esattamente all'altra « *fideiussor fideiussoris* » che fu sempre impiegata per denotare colui che garantisce *al creditore* l'adempimento dell'obbligazione assunta dal primo garante (2).

585. — Posto ciò, il primo fideiussore garantito dal secondo è di fronte a quest'ultimo come un debitore principale, e perciò non esistendo nella legge alcuna disposizione che vieti al *fideiussor fideiussoris* di domandare l'escussione del fideiussore da lui garantito, egli, ove non abbia rinunciato a

(1) Invece il Ricci, *op. cit.*, n. 392, 352, sostiene che l'art. 1914 si riferisce al fideiussore del regresso ch'egli chiama *fideiussor succedaneus*, mentre l'art. 1924 si riferisce al *fideiussor fideiussoris*. E conseguentemente il citato autore afferma che il creditore non avendo azione contro il fideiussore del fideiussore di cui parla l'art. 1914, perchè tale fideiussore non ha contrattato con lui ma col primo fideiussore, il legislatore ha derogato a tale principio applicando l'art. 1234 Cod. civ. Il fideiussore che a causa della non solvenza del debitore è obbligato a pagare del proprio, ed è a questo scopo molestato dal creditore, ha il diritto di rivalsa verso il suo fideiussore che lo ha garantito; ed è appunto questo diritto che, secondo il Ricci, il creditore esercita allorchè, per l'insolvenza del debitore e di tutti i fideiussori, si rivolge contro il fideiussore del fideiussore. Confr. Galdi, *op. cit.*, n. 113, p. 118.

(2) Confr. Mirabelli, *op. cit.*, n. 21, p. 426.

Digitized by Google

tale beneficio, può invocarlo contro il creditore (1) che a lui si rivolga senza aver già provato l'insolvibilità per causa di eccezioni personali, del primo fideiussore nonchè del debitore principale, a termini del citato art. 1914.

Riteniamo poi che il fideiussore del fideiussore può in forza di questo stesso articolo esigere non solo la detta escussione preventiva del fideiussore garantito, ma altresì l'escussione del debitore principale (2), perocchè questa facoltà di invocare tale escussione è implicita nel diritto di rifiutare il pagamento finchè non sia provato che *anche il debitore principale è non solvente* o è liberato (3). Va fatta eccezione per il garante del fideiussore giudiziale che può bensì domandare l'escussione del fideiussore garantito, ma non quella del debitore principale.

La rinuncia del fideiussore garantito al beneficio d'escussione rispetto al debitore principale, non implica la decadenza del fideiussore garante dallo stesso beneficio, perocchè questi gode di tale beneficio *jure proprio*, epperò la rinuncia del fideiussore garantito non lo riguarda (conformi: Codice chi-

(1) Che il fideiussore del fideiussore possa invocare il beneficio d'escussione è ammesso espressamente dai Codici: chileno, art. 2366; dell'Uruguay, art. 2080; e columbiano, art. 2391; nonchè dal Codice generale del Montenegro, art. 471, § 1, per il quale il creditore non può esigere il pagamento dal fideiussore del fideiussore se prima egli non ha cercato giudizialmente invano di farsi pagare dal fideiussore garantito.

Nella dottrina ammettono che al *fideiussor fideiussoris* spetti il detto beneficio contro il fideiussore garantito: Corsi, p. 140, e per il diritto francese Guillouard, n. 165, p. 187 e Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1048, p. 509, fatta eccezione per il fideiussore del fideiussore giudiziale che nel diritto francese non gode tale beneficio in forza dell'art. 2043 Cod. francese, mentre lo gode in diritto italiano per l'art. 1924.

(2) Principio sancito espressamente dai citati Codici: chileno (art. cit.); columbiano (art. cit.); dell' Uruguay (art. cit.); argentino, art. 2019 e del Montenegro (art. cit.).

(3) Confr. Mirabelli, *op. cit.*, n. 21, p. 424, il quale scrive che il fideiussore del fideiussore non ha il dovere di domandare l'escussione indicando i beni del debitore principale e di tutti i fideiussori e anticipando le spese; ma ha il diritto di opporre a qualunque azione che il creditore proponga contro lui l'eccezione proveniente dall'art. 1914 Cod. civ., che il creditore dimostri essere non solventi e il debitore principale e tutti i fideiussori, o che costoro sono liberati per eccezioni a loro personali.

Digitized by Google

leno, art. 2360; columbiano, art. 2385; dell'Uruguay, articolo 2080 citato).

586. — Discende ancora dal citato art. 1914 il principio per cui il fideiussore del fideiussore può valersi di tutte le eccezioni inerenti al debito del fideiussore garantito, come potrebbe valersene quest'ultimo (1).

Tale principio risulta indirettamente dal detto art. 1914, dove è dichiarato che il fideiussore del fideiussore è obbligato verso il creditore soltanto quando il debitore principale e tutti i fideiussori siano non solventi o siano liberati per mezzo di *eccezioni personali* al debitore ed ai fideiussori. Il che significa, per la ragione dei contrari, che il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore quando il fideiussore garantito possa essere liberato per mezzo di *eccezioni reali* ossia inerenti al debito.

587. — 4° *Il fideiussore del fideiussore giudiziale*. — A differenza del Codice francese (art. 2043), che esclude il garante del fideiussore giudiziale dal diritto di esigere la escussione del debitore e del fideiussore, il Codice italiano (art. 1924) accorda a colui « che si è reso garante del fideiussore giudiziale » la facoltà di domandare l'escussione del fideiussore.

Dato il beneficio di escussione come regola, il legislatore italiano è stato più logico del francese, non essendovi ragioni per accordare al fideiussore del debitore il diritto di esigere l'escussione preventiva del debitore garantito, e per negare al fideiussore del fideiussore il diritto di pretendere l'escussione del debitore garantito che è il primo fideiussore (2). Perocchè e l'una e l'altra garanzia compiono l'eguale funzione di assicurare al creditore il pagamento.

Ciò significa che il « garante del fideiussore giudiziale », di cui parla l'art. 1924 del Codice civile, è il *fideiussor fideiussoris*, ossia colui che garantisce, di fronte al creditore, per colui che ha mallevato il debito (3). E questo *fideiussor*

(1) Guillouard, n. 165, p. 187.

(2) Ciò non toglie che militino contro la concessione di tale beneficio gli stessi argomenti da noi esposti per combattere il beneficio di escussione assunto *al grado di regola*.

(3) Vedi *retro*, n. 163.

Digitized by Google

fideiussoris non va, per conseguenza, confuso col fideiussore del regresso (che altri appella *fideiussor succedaneus*), il quale è colui che si obbliga verso il fideiussore a garantirgli il rimborso di quanto il fideiussore garantito sia costretto a pagare per il debitore principale (1). Nè va confuso col *fideiussor indemnitatis*, ossia colui che si obbliga verso il creditore soltanto a tenerlo indenne di ciò che non possa ricevere dal debitore principale (2).

588. — Ciò posto, il garante del fideiussore contemplato dal riferito art. 1924 del Codice civile è un *fideiussor fideiussoris* come quello di cui parla l'art. 1914 Codice cit. (3). Ma tuttavia la disposizione contenuta nell'art. 1924 non è inutile nè illogica di fronte all'art. 1914, come taluno ha affermato (4), poichè mentre quest'ultimo articolo è dettato esclusivamente per il fideiussore del fideiussore *convenzionale* e *legale*, l'art. 1924 è scritto espressamente e unicamente per il fideiussore del fideiussore *giudiziale*, come risulta dai termini nei quali è concepito, e si giustifica con la considerazione che il legislatore avendo dichiarato al precedente art. 1923 che il « fideiussore giudiziale » *non può* domandare l'escussione del debitore principale, ha sentito l'opportunità di soggiungere che al contrario colui il quale si è reso soltanto garante del fideiussore giudiziale, *può* domandare l'escussione del fideiussore che è nei rapporti fra lui e il creditore come un debitore principale.

(1) Vedi *retro*, n. 164.

(2) Vedi *retro*, n. 162.

(3) Vedi *retro*, n. 584.

(4) Il Mirabelli, *op. cit.*, n. 21, p. 425, sostiene che l'art. 1924 Cod. civ. non doveva essere scritto perchè il caso ivi preveduto non può verificarsi a cagione del disposto nell'art. 1914; « esso (l'art. 1924) suppone che il fideiussore del fideiussore possa essere molestato dal creditore prima che fossero dichiarati insolvibili o liberati il debitore principale ed i fideiussori, contro ciò che si dispone nell'art. 1914 ». In senso diverso: Ricci, *op. cit.*, n. 392, 352, il quale opina che mentre il « garante del fideiussore giudiziale » di cui parla l'art. 1924 Cod. civ., è il *fideiussor fideiussoris*, il fideiussore del fideiussore contemplato dall'art. 1914 Cod. cit. è invece quello che egli chiama *fideiussor succedaneus* e che noi diciamo *fideiussore del regresso*, onde la disposizione dell'art. 1924 non è inutile. Vedi *retro*, n. 584 e nota ivi.

Digitized by Google

589. — Opiniamo che il garante del fideiussore giudiziale non possa esigere l'escussione del *debitore principale* (1). È bensì vero che l'art. 1914 del Codice civile italiano dichiara che il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori siano non solventi o siano liberati per mezzo di eccezioni personali al debitore e ai fideiussori. Ma questa disposizione è dettata per il fideiussore del fideiussore convenzionale e legale; non per il fideiussore del fideiussore giudiziale la cui posizione giuridica è regolata unicamente dal disposto del citato art. 1924 per lui espressamente dettato. Questo articolo dichiara che il garante del fideiussore giudiziale « può domandare l'escussione *del fideiussore* ». Non aggiunge che il detto garante possa esigere inoltre la preventiva escussione del *debitore principale*. E questo silenzio acquista un significato più eloquente quando si avverta il nesso che l'art. 1924 ha con l'art. 1923. In quest'ultimo il legislatore parla del fideiussore giudiziale e dichiara che esso non può pretendere l'escussione del debitore principale. Così la legge assicura al creditore un più pronto soddisfacimento della propria obbligazione, perocchè, se alla scadenza della obbligazione il debitore non ha soddisfatto il debito, il creditore può farsi pagare dal fideiussore senza che questi possa col beneficio di escussione protrarre l'adempimento.

Se pertanto si autorizza il garante del fideiussore giudiziale ad esigere oltre all'escussione del fideiussore anche quella del débitore principale, lo scopo dell'art. 1923 rimane frustrato essendo che quanto non può esser fatto dal fideiussore potrà esser fatto dal suo garante, il quale potrà sempre rinviare il creditore al debitore principale, quando il primo fideiussore non soddisfaccia l'obbligazione. Il divieto della escussione del debitore principale posto al garante del fideiussore giudiziale è quindi una conseguenza del principio sancito all'art. 1923. Tale divieto, a differenza del Codice italiano, è espressamente stabilito dal Codice francese (articolo 2043).

(1) In senso conforme, ma per motivi diversi da quelli che qui adduciamo: Ricci, n. 373.

Digitized by Google

590. — 5° *L'approbatore.* — Del beneficio d'escussione a carico del fideiussore da lui garantito crediamo possa valersi anche l'*approbatore* richiesto dall'art. 60 del Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, 4 maggio 1885, il quale determinando i casi in cui i contraenti obbligazioni verso lo Stato possono presentare una cauzione *personale*, ossia una fideiussione, esige che questa sia sempre accompagnata dalla garanzia sussidiaria dell'*approbatore* (1).

La condizione giuridica di questo approbatore, quantunque il citato Regolamento non la determini, è quella propria del *fideiussor fideiussoris* (2) che fu talvolta chiamato anche *fideiussoris collaudator* (3).

E come il fideiussore del fideiussore può esigere l'escussione del fideiussore da lui garantito ove non abbia rinunciato a tale beneficio, così riteniamo, in mancanza di una contraria disposizione legislativa, che l' approbatore possa invocare la detta escussione preventiva di colui pel quale egli prestò garanzia (4). Si aggiunga poi che lo stesso approbatore può valersi del disposto nell'art. 1914, che reputiamo anch'esso applicabile, in mancanza di contrarie statuizioni legislative, a termini del quale il fideiussore del fideiussore è obbligato verso il creditore soltanto nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori siano non solventi o siano liberati per mezzo di eccezioni personali al debitore e ai fideiussori (5).

591. — 6° *Esclusioni dal beneficio di escussione dei non fideiussori.* — Il beneficio di escussione spetta al solo fideiussore. Per la qual cosa, a cagione delle differenze già notate tra la fideiussione e l'obbligazione di colui che, senza prestare garanzia personale, concede un' ipoteca sui proprii beni a favore di un debitore (6), chi ha consentito tale ipoteca

(1) Vedi *retro*, n. 145.

(2) È pur questa l'opinione del Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, II, n. 198, p. 408 e seg., Firenze, 1891.

(3) Troplong, n. 132.

(4) Confr. Giorgi, *op. loc. citt.*

(5) Vedi *retro*, n. 584.

(6) Vedi *retro*, n. 247.

Digitized by Google

non gode del beneficio in discorso, così come non gode neppure il beneficio di divisione e il subingresso, non essendo esso un fideiussore e non potendo danneggiare i fideiussori (1).

E neppure può invocare l'escussione preventiva chi, pur essendo obbligato *in subsidium*, non è tenuto in forza di una vera fideiussione ed ha soltanto verso il creditore il diritto di non essere molestato anteriormente al primo obbligato (2).

Così ancora non compete il beneficio al terzo detentore di un immobile il quale, per il venditore, paga il creditore avente ipoteca sul fondo da lui acquistato. Il terzo ha bensì il subingresso nelle ragioni del creditore da lui soddisfatto, ma non essendo egli un fideiussore non gli spetta, per il diritto positivo italiano, l'eccezione di previa escussione (3).

Altrettanto si dica per il semplice garante che si è obbligato a tenere indenne una persona dalle conseguenze di un atto (ad esempio, un pagamento) di cui fosse riconosciuta debitrice. Ossia chi è condannato irrevocabilmente a pagare può agire subito contro il proprio garante che a differenza del fideiussore non è obbligato verso il creditore, senza che il garante possa pretendere dal garantito la prova del già eseguito pagamento (4).

592. — 7° *Rinuncia al beneficio di escussione.* — Ad un diritto di mera ragione privata, qual'è il beneficio di escussione, il fideiussore può validamente rinunciare (Cod. civ. it., articolo 1907; franc., art. 2021). Con la rinuncia il fideiussore restituisce la garanzia personale alla sua vera essenza cui contrasta il beneficio in discorso.

La pratica corresse frequentemente con tali rinuncie la imperfezione legislativa. E infatti queste rinuncie, già numerosissime nel diritto francese antico e invano limitate da cautele dirette a far valutare dal rinunciante la importanza

(1) Corte app. Casale, 5 giugno 1893 (*Giur. Tor.*, 1893, 654); Corte app. Palermo, 13 novembre 1899 (*Legge*, 1900, 380) — Galdi, n. 74, p. 77; Mirabelli, n. 26, p. 437-438.

(2) Cass. Palermo, 22 dicembre 1894 (*Legge*, 1895, 550) — Galdi, n. 75, p. 78.

(3) Corte app. Genova, 26 febbraio 1885, citata dal Galdi, n. 73, p. 77.

(4) Cass. Torino, 20 marzo 1883 (*Giur. Tor.*, 1883, 558) — Galdi, n. 76, p. 79

Digitized by Google

del diritto cui rinunciava (1), furono usate anche dopo la compilazione dei Codici civili, ed oggi ancora accompagnano spesso, soprattutto in forma tacita, l'assunzione della garanzia, o per effetto della solidarietà che toglie il beneficio di escussione, o del rigore della fideiussione commerciale.

La rinuncia al beneficio di escussione deve risultare da una volontà evidente del fideiussore. Il che non toglie che questa volontà possa essere espressa così in modo tacito come espresso, purchè risulti in modo non equivoco o dalle espressioni adoperate dal fideiussore o dai fatti dai quali si vuole dedurla (2).

593. — Una forma di rinuncia tacita si ha allorquando il fideiussore si è obbligato in solido col debitore principale: Cod. it., art. 1907; franc., art. 2021; Codici abrogati: delle Due Sicilie (art. 1893); parmense (art. 2050); sardo (art. 2057); estense (art. 2037); Landrecht prussiano, (§ 297, n. 2); Cod. vigenti: neerlandese (art. 1869, n. 2); spagnuolo (art. 1831, n. 2); della Luigiana (art. 3014); di Haiti (art. 1785); del Perù (3); chileno (art. 2358, n. 2); dell'Uruguay (art. 2079, n. 2); messicano (art. 1843, n. 2); del Venezuela (4); del Guatemala (articolo 2232 e 2227); argentino (art. 2013, n. 2); federale svizzero delle obbligazioni (art. 495); del Montenegro (art. 457 e 894); germanico (§ 773, n. 1); giapponese (art. 454); diritto russo (5).

Perocchè, obbligandosi in solido il fideiussore necessariamente autorizza il creditore a rivolgersi indifferentemente a lui o al debitore. Stipulata la solidarietà del fideiussore l'effetto della sua obbligazione, quanto al beneficio di escussione, si

(1) Guy Coquille, *Cout. de Nivernais,* tit. XXIX, art. 36, in Guillouard, n. 122, p. 138; Marsili, n. 39.

(2) Pothier, n. 408; Troplong, n. 240; Pont, II, n. 161; Laurent, n. 206; Guillouard, n. 123, p. 138-139; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1042-1043, p. 507-508. — Cassation, 16 mars 1852 (*Sirey,* 1852, I, 636). Il Codice della Repubblica argentina (art. 2013, n. 1), dichiara invece che non è necessaria l'escussione preventiva quando il fideiussore rinunciò *espressamente* al beneficio.

(3) Riassunto citato.

(4) Riassunto citato.

(5) Lehr, *Éléments de droit civil russe,* II, n. 1368, p. 449; e per il Codice baltico (art. 4517-4523), n. 1371, p. 451.

Digitized by Google

regola coi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido (articolo cit.) senza che per ciò il fideiussore solidario diventi un debitore principale, essendo che la fideiussione solidaria non perde il suo carattere essenziale di obbligazione accessoria (1). Il legislatore pertanto ha voluto soltanto dichiarare che la solidarietà della fideiussione pone il fideiussore nella stessa posizione giuridica del condebitore solidario per quanto concerne il divieto del beneficio di escussione e il divieto del beneficio della divisione (2).

594. — Mentre nelle materie civili la solidarietà non si presume ma dev'essere stipulata espressamente (3), fuorchè nei casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo di diritto in forza della legge (Cod. civ. it., art. 1188), invece nelle obbligazioni commerciali la solidarietà si presume per legge se non v'è convenzione contraria (Cod. comm. it., art. 40). Questa presunzione ha luogo per il fideiussore, anche non commerciante, che garantisce una obbligazione commerciale e non si estende ai non commercianti per le contrattazioni che rispetto ad essi non sono atti di commercio (art. cit. capov.). Da ciò segue che chi ha prestato fideiussione per un'obbligazione commerciale non può, di regola, valersi del beneficio di escussione, presumendosi che vi abbia tacitamente rinunciato con l'obbligarsi in solido. Il che non toglie che chi garantisce un'obbligazione commerciale possa riservarsi espressamente il beneficio in discorso.

Se, *de jure condendo*, sarebbe desiderabile che il beneficio di escussione non fosse ammesso come regola di diritto presuntivo, in materia civile, *de jure condito* è degna d'approvazione questa eccezione che si è fatta per il fideiussore di un'obbligazione commerciale; perocchè alle ragioni che militano contro il beneficio in discorso, assunto al grado di regola, si aggiunge per le materie commerciali la necessità di non ostacolare con l'escussione preventiva la rapidità indispensabile alle operazioni commerciali.

(1) Vedi *retro*, n. 250.

(2) Vedi *retro*, n. 250.

(3) Sulle obbiezioni dei pandettisti al principio per cui la responsabilità solidale di più debitori deve esser sempre stipulata espressamente, vedi WINDSCHEID, *Pand.*, § 297, nota 3.

Digitized by Google

Con tale considerazione si giustifica pienamente questa eccezione, che è sicura per il diritto positivo italiano, mentre non è ammissibile in diritto francese, salva l'eccezione scritta nell'art. 142 del Codice di commercio francese per l'avallante. E ciò perchè nessun testo nè nel Codice civile nè nel Codice commerciale francese toglie al fideiussore in materia commerciale il beneficio di escussione (1).

595. — 8° *Cause speciali di esclusione dal beneficio di escussione.* — Le eccezioni non contrattuali al principio, per cui al fideiussore spetta il beneficio di escussione, devono risultare dalla legge. Ma alcune di tali eccezioni risultano non da un testo formale, bensì dallo spirito della legge stessa, o dai principii generali.

Così è certo che il fideiussore non può opporre il beneficio quando succede al debitore principale, essendo che la fideiussione si estingue in tal caso per la confusione delle qualità di debitore e fideiussore nella medesima persona (2).

596. — Altrettanto è a dirsi per il caso in cui sia notoria l'insolvibilità del debitore principale. Il quale principio, se non risulta, per il diritto positivo italiano e francese, da un testo esplicito (3), scaturisce tuttavia implicitamente dall'obbligo che ha il fideiussore istante per l'escussione, di indicare al creditore i beni del debitore principale suscettibili di escus-

(1) Pont, II, n. 158; Laurent, XXVIII, n. 209; Guillouard, n. 126, p. 142-143. — Cassation, 4 mars 1851 (*Dalloz*, 51, I, 123). Contro Troplong, n. 233. Fra gli argomenti che quest'ultimo autore presenta per sostenere che il fideiussore in materia commerciale gode del beneficio di escussione, v'è questo che in materia commerciale la buona fede dev'essere esuberante. Al che fu giustamente risposto che la buona fede è altrettanto necessaria in materia civile come in materia commerciale. Vedi Guillouard, *loc. cit.*

(2) Conf. Codice della Repubblica Argentina, art. 2013, n. 4.

(3) Risulta invece espressamente dai Codici: neerlandese, art. 1869, n. 4; spagnuolo, art. 1831, n. 3; del Perù (riassunto citato); messicano, art. 1843, n. 2 (confr. Cod. germanico, § 773, n. 4); baltico (Lehr, *op. cit.*, II, n. 1371, p. 451). Il Codice giapponese, art. 453, esige che il fideiussore giustifichi che il debitore principale è solvibile e che l'esecuzione sopra i suoi beni è facile.

Per il Codice generale del Montenegro, art. 461, « se il patrimonio del debitore si trova diminuito », il creditore può esigere il pagamento direttamente dal fideiussore senza rivolgersi al debitore; non però prima dell'epoca fissata al debitore per lo stesso pagamento.

Digitized by Google

sione. Indicazione impossibile nel caso di notoria insolvibilità del debitore principale (1).

Vale lo stesso principio nel caso in cui il debitore è in stato di fallimento (2), essendo che la dichiarazione di fallimento sottrae i beni del fallito alla procedura individuale per sottoporli alla procedura collettiva nello interesse della massa.

597. — Se l'escussione del debitore principale non può più farsi nello Stato in cui il debito fu contratto, l'escussione stessa può diventare estremamente difficile. Sotto l'aspetto razionale, l'eccezione di escussione dovrebbe in tal caso essere esclusa.

E la esclude il Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 493, quando « non sia più possibile convenire il debitore giudizialmente nella Svizzera »; mentre la escludono il Codice portoghese (art. 830, n. 3) e lo spagnuolo (art. 1831, n. 4) quando l'escussione non possa farsi nell'interno del Regno, e il Codice generale del Montenegro (art. 461) « se il debitore abbandona il territorio ». Questo ultimo Codice esclude pure l'escussione « se si verifica tale avvenimento che rende impossibile o estremamente difficile il ricupero del credito ».

Il Codice baltico (3) esclude l'escussione quando il debitore è assente e non si presenta nel termine fissato dal giudice.

Il Codice della Repubblica argentina (art. 2013, nn. 5 e 6) esclude il beneficio se il debitore è assente dal suo domicilio alla scadenza della obbligazione, e quando non può esser convenuto giudizialmente dentro la Repubblica.

Ma se questa massima è razionalmente consigliabile, non è, a nostro avviso, applicabile nel diritto italiano e francese

(1) Troplong, n. 234; Pont, II, n. 157; Laurent, n. 208; Guillouard, n. 127, p. 144; Galdi, n. 69, p. 74; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1024, p. 501 — Paris, 21 avril 1806 (*Dalloz, Rép.*, v. *Cautionnement*, n. 370, 2); Paris, 5 février 1892 (*Dalloz*, 1892, 2, 497).

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1024, p. 501 — Trib. civ. Lyon, 9 janvier 1895 (*Mon. jud. Lyon*, 6 avril 1895). Conf. Codici: spagnuolo, art. 1830, n. 3; messicano, art. 1843, n. 3; argentino, art. 2013, n. 5; federale svizzero delle obbligazioni, art. 493; germanico, § 773, n. 3 (Lehr, *op. cit.*, n. 1371, p. 451).

(3) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1371, p. 451.

Digitized by Google

vigenti, non essendovi, nel silenzio della legge, neppure la ragione che giustifica l'esclusione del beneficio nel caso di notoria insolvibilità del debitore: ossia la impossibilità di indicare al creditore i beni del debitore escutibili. Che nel caso su esposto questa escussione possa essere immensamente difficile è cosa indubbia, ma se il debitore possiede dei beni sufficienti ad estinguere il debito, non crediamo lecita l'infrazione della regola secondo la quale il fideiussore può valersi del beneficio di escussione, mentre la legge vigente non contempla — e a torto — le difficoltà provenienti dal fatto che l'escussione non si possa più fare nello Stato in cui fu assunto il debito. È ben vero che per la legge vigente l'escussione è esclusa se si tratta di beni situati fuori della giurisdizione della Corte d'appello in cui si deve fare il pagamento (Codice it., articolo 1909 cit.); ma il caso in discorso, ossia quello in cui la escussione del debitore non può più farsi nello Stato in cui fu contratto il debito, non è previsto dal legislatore; e costituendo il divieto dell'escussione un diritto eccezionale, non si può ricorrere all'analogia.

Per tali ragioni, non è ammissibile nel diritto italiano e francese vigenti, neppure la regola sancita dall'attuale Codice germanico, § 773, n. 2, per la quale l'eccezione d'escussione è esclusa se la prosecuzione del diritto contro il debitore è essenzialmente difficoltata in seguito ad un cambiamento — avvenuto dopo l'assunzione della fideiussione — del domicilio, della sede industriale o della dimora del debitore principale. Eccezione più grave e più larga di quella accolta dal Codice svizzero; epperò, a più forte ragione, inammissibile nel vigente diritto patrio.

§ 5.

Beneficio di divisione.

Sommario: 598. Premessa.

598. — Finora abbiamo esaminati gli effetti della fideiussione tra il creditore e il fideiussore unico. Qui consideriamo il rapporto intercedente fra il creditore e più fideiussori.

Allorchè più persone prestano garanzia per un medesimo

Digitized by Google

debitore e per uno stesso debito, si presenta la questione se ciascuno dei garanti debba essere tenuto, *ipso jure*, verso il creditore, soltanto per la sua parte; oppure se gli si debba semplicemente accordare la facoltà di chiedere, in via d'eccezione, la divisione dell'azione creditoria; oppure se tutti i garanti debbano, *jure*, essere ritenuti obbligati in solido.

A) — Legislazione comparata.

SOMMARIO: 599. Diritto greco. — 600. Legislazione romana. — 601. Antico diritto consuetudinario francese. — 602. Legislazioni moderne.

599. — La pluralità dei fideiussori era molto usata nel diritto greco, e specialmente nei contratti di vendita e di locazione.

Le stesse parti contraenti fissavano il numero dei fideiussori il quale è molto variabile: in materia di vendita, uno o due, più raramente tre, talvolta quattro, cinque, sette e dieci (1); in materia di locazione varia secondo le circostanze, fra le quali la misura dell'obbligazione assunta dai fideiussori (2).

Ma non è possibile di stabilire con molta sicurezza se i confideiussori nel diritto greco fossero responsabili in solido verso il creditore, come si dovrebbe ritenere *a priori* in quanto ogni fideiussore ha personalmente garantito l'esecuzione degli obblighi del debitore; oppure se la loro responsabilità era divisa, come fu nel diritto romano, dopo Adriano. E ciò perchè i documenti sui quali l'indagine storica può fondarsi in tale questione, non riguardano il diritto ateniese, sicchè si può soltanto argomentare per analogia; e, d'altra parte, in tali documenti, la condizione giuridica dei confideiussori si trova variamente regolata. Infatti talvolta i garanti della vendita (πρατῆρες) si obbligano in solido, talvolta *pro parte*, e talvolta alcuni d'essi si obbligano per una parte, mentre gli altri si

(1) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. IV, p. 139 e 478, Paris, 1897.

(2) ID., p. 192 e 478.

Digitized by Google

vincolano per l'intero. La responsabilità dei garanti delle locazioni è ordinariamente solidaria, e talvolta divisa.

Tuttavia, se le parti erano libere di pattuire la responsabilità solidaria oppure divisa, ci sembra esatta l'opinione del Beauchet (1), secondo la quale la solidarietà dei confideiussori doveva essere probabilmente la regola allorchè il contratto taceva su tale argomento. E ciò perchè la divisione della responsabilità è contraria all'essenza della fideiussione (2), che tende ad assicurare al creditore l'adempimento dell'obbligazione principale, e, di regola, nella stessa misura in cui è vincolato il debitore principale; sicchè non si deve presumere, senza una sicura prova, che il diritto greco abbia derogato a tale principio. In secondo luogo la divisione della responsabilità dei confideiussori è contraria allo spirito del diritto antico, il quale, come più volte s'è notato, era assai rigoroso verso i fideiussori (3).

600. — La pluralità dei fideiussori era pure regolata dalle leggi romane (4).

Più mallevadori intervenuti per lo stesso debito, quantunque dovessero rispondere ciascuno per l'intero, godevano un beneficio simile a quello del fideiussore rispetto al debitore principale. Ossia ciascun fideiussore poteva esigere che, se il suo compagno di malleveria era solvibile, il creditore dividesse il suo credito fra lui e il compagno (5). Se il creditore negava la solvibilità del confideiussore, la prova della insolvibilità, secondo il Windscheid (6), non incombeva a lui, ma incombeva invece al convenuto la prova della solvibilità; ma questo punto è discusso.

L'escussione preventiva del confideiussore poteva esigersi

(1) Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 480.

(2) Vedi *ultra*, n. 603.

(3) Beauchet, *op. loc. citt.*

(4) Vedi: Rückert, *Principia juris romani de exceptione quam vocant divisionis*; Dedekind, *De exceptione divisionis disquisitiones*; Grotefend, *De exceptione divisionis*; Girtanner, *op. cit.*, p. 90 e seg ; 457 e seg.; Hasenbalg, *op. cit.*, p. 466 e seg.; 784 e seg. e i romanisti citati a pag. 12, nota 2, della presente opera. Confr. Binder, *op. cit.* § 19, p. 294-312.

(5) Gai, III, 121, 122, 133, § 4, I, *h. t.* Vedi Windscheid, § 479, p. 460 e seg.

(6) Windscheid, § 479, p. 460.

Digitized by Google

dal convenuto soltanto se egli offriva garanzia che il creditore nel caso di infruttuosità della escussione, troverebbe presso di lui soddisfacimento per la parte di cui si tratta (1), ed anche in tal caso non poteva esigere la detta escussione se il confideiussore era assente o la citazione per altre ragioni ne era più difficile (2).

Il diritto alla divisione, come il beneficio di escussione, si perdeva per la rinuncia (3) e per la dolosa contestazione della malleveria (4). Esso veniva meno anche per i fideiussori che un tutore dava al suo pupillo (5).

Diviso il credito, la sopravvegnente insolvibilità del confideiussore non nuoceva più a colui di fronte al quale si era fatta la divisione (6).

601. — L'antico diritto consuetudinario francese non ebbe il beneficio della divisione, ma seguì il vecchio principio per cui allorquando più fideiussori si sono vincolati verso il creditore, per lo stesso debito, questi ha il diritto di agire per l'intero contro qualsiasi di loro (7).

Ma l'infiltrazione del diritto romano, benchè da principio debole e lenta, si avverò anche in questo argomento. Dapprima si ritenne che ogni confideiussore era obbligato per l'intero, ma si permise di sopprimere tale responsabilità per l'intero mediante una espressa convenzione contraria (8). Poi si ammise addirittura la massima che ogni confideiussore è

(1) L. 10 pr., D. *h. t.*

(2) L. cit. La estensione ad altre cause di maggior difficoltà della citazione è insegnata dal WINDSCHEID, § 479, p. 461, in nota 5, por l' analogia della Novella 4, c. 1.

(3) WINDSCHEID, § 479, nota 7 a p. 462.

(4) L. 10, § 1, D. *h. t.*

(5) L. 12, D. *rem. pup.*, 46, 6.

(6) L. 51, § 4; L. 52, § 1, D.; L. 16, C. *h. t.* Vedi su ciò il WINDSCHEID, § cit., nota 10 a p. 462-463 con gli autori ivi citati. Questo autore insegna che neppure l'insolvibilità che si verifica prima della divisione nuoce quando il creditore è stato negligente nella esazione del suo credito, e ciò per « l'analogia di quanto vige pel rapporto del mallevadore al debitore principale ».

(7) BEAUMANOIR, t. II, chap. 43, n. 7, p. 172; *Ancienne coutume de Montpellier*, art. 72.

(8) Consulta GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VII, p. 655, Paris, 1896.

Digitized by Google

responsabile soltanto per la sua parte, ma si permise di pattuire che ciascun fideiussore sarà obbligato per l' intero (1).

È poi notevolissimo il principio per cui se più fideiussori avevano garantito il medesimo debito, quello che era azionato per l'intero non solo aveva, anticamente, il beneficio di divisione, ma se pagava il debito, non aveva nessun regresso verso gli altri confideiussori. Gli era permesso soltanto di chiamarli in causa per tentare di concludere con essi, in via amichevole, un accordo sulla ripartizione del debito (2). Diminuì per i confideiussori questa fonte di danno con la detta introduzione del beneficio di divisione; ma ciò non tolse che il fideiussore il quale pagava l'intero debito e rinunciava al detto beneficio rimanesse fino al secolo XVI privo, di regola, del regresso contro i confideiussori (3).

602. — La legislazione francese (art. 2025 e 2026), seguìta dall'italiana (art. 1911 e 1912), ha seguìto il sistema medio adottato dal diritto romano dopo Adriano, e dal diritto francese precedente il Codice.

In massima se più persone hanno fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito, ciascuna d'esse rimane obbligata per l'intero debito (Cod. it., art. 1911; francese, art. 2025). Ma tuttavia ciascuno dei garanti, ove non abbia rinunciato al beneficio della divisione, può esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuno (Cod. it., art. 1912; franc., art. 2026). Conformemente i Codici abrogati: delle Due Sicilie (art. 1897 e 1898); parmense (art. 2053 e 2054); sardo (art. 2061 e 2062); estense (art. 2041 e 2042); Codici vigenti: neerlandese (art. 1873 e 1874); portoghese (art. 835); della Luigiana (art. 3018 e 3019); di Haiti (art. 1789 e 1790); messicano (art. 1857).

Invece per il Codice del Chilì (art. 2367), per quello dell'Uruguay (art. 2088), per il columbiano (art. 2392), per lo spagnuolo (art. 1837), e per l'argentino (art. 2024), se vi sono due o più fideiussori di un medesimo debito che non si sono

(1) *Brachylogus*, liv. III, tit. 11, § 2, p. 91; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. II, F, n. 1164, p. 441; t. IV, L, n. 262, p. 252.

(2) *Livre des constitutions du Chastelet*, éd. Mortet, §§ 93 e 96, p. 80 e 82.

(3) Glasson, *op. cit.*, VII, § 14, p. 661.

Digitized by Google

obbligati solidariamente, il debito si intende diviso di diritto fra loro in parti eguali; ed il creditore non può esigere da nessuno se non la quota rispettiva; ossia ciascun fideiussore, a differenza della legislazione italiana e francese, non si reputa in massima, obbligato per l'intero, salvo a lui il diritto di domandare la divisione, ma si ritiene invece, di diritto, vincolato soltanto per la sua parte (confronta: Cod. del Guatemala, art. 2226 e 2227, n. 2).

Il Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 496, dispone che più fideiussori i quali abbiano garantito insieme lo stesso debito principale divisibile, sono responsabili come fideiussori semplici per le loro quote, e ciascuno di loro come fideiussore dei fideiussori per le quote degli altri; mentre se i confideiussori si sono espressamente obbligati in solido col debitore principale in conformità dell'art. 495 o fra di loro, ognuno è responsabile dell'intero debito, salvo il regresso proporzionale verso i confideiussori.

Nel diritto russo propriamente detto, allorchè vi sono più fideiussori, ciascuno d'essi è tenuto direttamente per la sua parte, e sussidiariamente per quella del confideiussore, che fosse insolvibile (1). Invece per il Codice baltico (4524-4526) se vi sono più confideiussori, essi sono obbligati ciascuno per l'intero debito; ma ciascuno d'essi gode del beneficio di divisione; se in tal caso il creditore ha ricevuto da uno dei fideiussori, senza fare alcuna riserva, il pagamento della sua parte, egli non può più agire contro il medesimo per l'insolvibilità d'un altro dei confideiussori. Se il confideiussore escusso paga l'intero debito, senza invocare il beneficio di divisione, egli non ha il diritto di domandare al creditore il rimborso di quanto eccede la sua parte, allegando che ha pagato quanto non doveva. Cessa il beneficio di divisione se gli interessati vi rinunciano (Cod. baltico, 4529) (2).

Il Codice generale del Montenegro, art. 470, statuisce che quando più persone hanno congiuntamente garantito un solo e medesimo debito, esse sono responsabili solidariamente soltanto se il debito è indivisibile, o se fu convenuta la solida-

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1369, p. 450.
(2) Id., *op. cit.*, II, n. 1372, p. 451.

Digitized by Google

rietà. Altrimenti ciascun confideiussore risponde soltanto per la sua parte, e risponde di quella degli altri soltanto come fideiussore del fideiussore.

In senso diverso dispone il Codice germanico, § 769, a termini del quale se più persone garantiscono la stessa obbligazione, esse rispondono come debitori in solido (1) anche se non assumano la garanzia in comune.

B) — Esame critico del sistema vigente.

Sommario: 603. Mancanza di logica nel sistema vigente. — 604. Continuazione. — 605. I confideiussori non sono condebitori solidali — Conseguenze.

603. — Il sistema vigente è contrario alla logica, in quanto, ammessa la divisione dell'azione creditoria, non si comprende perchè essa non sia riconosciuta *ipso jure*. In materia civile, nel caso di più obbligati che non hanno dichiarato espressamente di vincolarsi in solido, si ritiene che ciascuno si è obbligato soltanto per la sua parte. Ed allora la divisione del debito ha luogo di pieno diritto fra tutti i condebitori, senza cioè che occorra domandare la divisione in via di eccezione. Non si vede pertanto la ragione per cui i confideiussori debbano essere meno favoriti dei condebitori principali, mentre è esclusa, a loro riguardo, la presunzione di solidarietà (2). Sicchè, accolto il principio della divisione del debito, il legislatore avrebbe dovuto, per esser logico, lasciar sussistere la divisione *ipso jure*.

Ma se in tal guisa il legislatore sarebbe stato logico, non crediamo tuttavia che il principio della divisione del debito tra i confideiussori sia giusto. Al contrario, opiniamo che, dati più fideiussori di una stessa persona e per uno stesso debito, si dovrebbe ritenerli *solidali* di pieno diritto (3). Pe-

(1) Principio già accolto nel Codice bavarese, § 9. Sul § 769 del Cod. germanico vedi i commentatori citati a pag. 64 in nota 1.

(2) Vedi le giuste critiche fatte al progetto francese nel seno della Sezione di Legislazione al Tribunato, in Fenet, XV, p. 28-29 e Laurent, n. 221; Guillouard, n. 146, p. 166.

(3) Conf. Guillouard, n. 146, p. 166-167. Vedi anche: Vinnius, *Select. quaest.*, lib. II, cap. 40; Domat, liv. III, tit. IV, sect. II, n. 6. Contro:

Digitized by Google

rocchè con l'aver voluto più d'un fideiussore, il creditore ha dimostrato di voler aumentare le garanzie del suo credito. E questo aumento di garanzia può aversi a condizione che ciascuno dei confideiussori risponda per la totalità del debito. Altrimenti il creditore non soltanto non riceve un vero vantaggio dalla pluralità dei fideiussori, ma, al contrario, può averne un danno in quanto deve limitarsi a domandare ad ognuno dei garanti la sua parte, mentre se vi fosse un solo fideiussore potrebbe domandargli il pagamento dell'intero debito. Del resto è nella natura della fideiussione che il garante si obblighi a pagare, per regola, tutto ciò che deve il debitore principale. Se, in materia civile, la solidarietà non può essere presunta, ciò non esclude che allorquando, come nel caso presente, vi sia il fondamento di una obbligazione solidale, il legislatore possa dichiarare che i debitori (confideiussori) sono obbligati come condebitori solidali, salvo il patto contrario.

Allo stesso legislatore non deve essere sfuggita la forza di questi principî, poichè esso ha cominciato col dichiarare che, in massima, ciascuno dei confideiussori è obbligato « per l'intero debito » (Cod. ital., art. 1911 cit.; franc., art. 2025 cit.); e soggiunge che il confideiussore il quale ha ottenuto la divisione è obbligato in proporzione per l'insolvibilità dei fideiussori esistente nel tempo in cui la divisione è accordata (Cod. it., art. 1912 capov.; franc., art. 2026 capov.). I quali principî dovrebbero presupporre la solidarietà. Ma, per la influenza del sistema romano favorevole ai fideiussori, il legislatore ha annullato il principio della solidarietà accordando al fideiussore il beneficio della divisione.

È accaduto a questo riguardo ciò che già osservammo a proposito del beneficio di escussione: il legislatore non avendo saputo sottrarsi alla forza della tradizione, ha accolto un sistema non più rispondente alle esigenze degli affari che vorrebbero i confideiussori obbligati per l'intero, e contrario alla stessa natura della fideiussione che conduce alla stessa con-

Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1050, p. 510-511, i quali affermano che la deroga al principio per cui il debito dovrebbe dividersi di pieno diritto tra i confideiussori si spiega soltanto con la tradizione.

Digitized by Google

clusione. Nè si obbietti che le parti sono libere di pattuire la rinuncia al beneficio di divisione, perocchè ciò non toglie che il legislatore abbia elevato al grado di facoltà legale quella che avrebbe dovuto rimanere una semplice facoltà contrattuale dipendente dalla volontà delle parti.

604. — Per giustificare il sistema vigente si è affermato che il legislatore ha con esso voluto, in difetto di speciali patti regolatori, conciliare la posizione dei varî fideiussori con quella del creditore, permettendo di ricorrere, per il pagamento, anche solo ad uno degli obbligati, ma con obbligo di ricorrere eziandio agli altri, ove il citato lo creda di suo interesse (1).

Ma è un ben singolare modo di conciliare i detti interessi questo che da un lato permette al creditore di rivolgersi ad un solo fideiussore, e dall'altro obbliga il creditore stesso a rivolgersi pure contro gli altri fideiussori se così piace al fideiussore citato!

È poi erronea l'opinione che il diritto della divisione sia contrattuale « perchè basato sul patto tacito », e che la legge « dichiara diritti e non beneficii » (2).

È assurdo il parlare di un diritto fondato sul patto tacito, mentre si tratta di un diritto espressamente dichiarato dalla legge. Quando le parti non pattuiscono la rinuncia al beneficio della divisione, il diritto che resta ad ogni confideiussore di domandare la divisione è fondato sulla legge che lo accorda. E non essendo un diritto contrattuale, si può anche chiamarlo esattamente un beneficio, siccome quello che non solo non scaturisce dalla natura dell'obbligazione di più fideiussori, ma, al contrario, vi contrasta.

605. — L'inesattezza dei principii legislativi ha fatto, erroneamente, credere a taluno che, nel sistema vigente, l'obbligo di pagare l'intero essendo di diritto, e il beneficio di divisione essendo soltanto *in facultate*, i confideiussori appartengono alla classe dei debitori solidali piuttosto che a quella dei debitori ordinari. Per la qual cosa, a termini dell'articolo 2249 Cod. franc., la prescrizione interrotta contro uno

(1) Così la Corte d'app. di Torino, 17 settembre 1890 (*Giur. tor.*, 1891, 79).
(2) Così afferma il Galdi, n. 94, p. 97.

Digitized by Google

dei fideiussori è interrotta contro gli altri, se la divisione non è ancor stata pronunciata (1).

Questa opinione è infondata. La solidarietà è caratterizzata dal principio per il quale il creditore può rivolgersi contro uno dei condebitori a sua scelta e costringerlo al pagamento per la totalità, senza che quello possa opporgli il beneficio della divisione (Codice francese, art. 1200; Codice ital., articolo 1189). Al contrario ciascuno dei confideiussori può chiedere ed ottenere la divisione del debito. È ben vero che la legge comincia col dichiarare che i confideiussori sono tenuti *per l'intero debito* (Cod. it., art. 1911 cit.; franc., art. 2025 cit.). Ma in primo luogo non dice che siano *debitori solidali*; e poi soggiunge che, non ostante ciò, ciascun fideiussore può esigere la divisione. Dunque si ha il diritto di affermare che, in realtà, i confideiussori non sono debitori solidali: si aggiunga che l'esclusione di tale qualità risulta anche dal confronto dell'art. 1912, § 2, Cod. ital. con l'art. 1200 dello stesso Codice (2). In forza della prima disposizione se alcuni fideiussori erano non solventi nel tempo in cui uno dei fideiussori ha ottenuto la divisione, questi è obbligato in proporzione per tale non solvenza, ma non può essere più molestato per causa delle non solvenze *sopravvenute dopo la divisione*. Invece per la seconda disposizione, nel caso in cui il creditore ha rinunciato all'azione in solido verso alcuno dei debitori, se uno o più degli altri condebitori diventano non solventi, la porzione di questi è per contributo ripartita fra tutti i debitori, ed anche fra quelli che sono stati *precedentemente liberati* dall'obbligazione in solido per parte del creditore.

Segue da tutto ciò: 1° che la prescrizione interrotta contro un fideiussore non è interrotta contro gli altri (3); 2° che rispetto alla colpa, un confideiussore non è responsabile del danno derivante da colpa imputabile ad altro fideiussore; 3° che se la colpa è comune, l'azione per il risarcimento va

(1) Così pensa il Troplong, n. 291.

(2) L'osservazione è del Chironi, *La Colpa nel diritto civile odierno — Colpa contrattuale*, Torino, 1884, n. 165, p. 157-158.

(3) Aubry et Rau, IV, 426, testo e nota 20; Pont, II, n. 192; Laurent, n. 220; Guillouard, n. 147, p. 168-169; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1051, p. 511.

Digitized by Google

istituita *pro rata* contro ciascuno degli autori; 4° se invece i confideiussori stipularono la solidarietà, ciascuno di quelli ai quali la colpa è imputabile, risponde dell'intero ammontare del danno (1).

È poi ovvio che nel detto caso di più garanti per un medesimo debitore e per uno stesso debito, non si ha la solidarietà neppure tra i confideiussori e il debitore, sia perchè tale solidarietà non fu stipulata, sia perchè è esclusa dalla legge che accorda al debitore il beneficio d'escussione.

Ma se un confideiussore rinuncia al beneficio d'escussione e a quello di divisione, oppure se i confideiussori stipularono la solidarietà col debitore, tale obbligazione produrrebbe l'effetto di sottoporre al principio sopra esposto la responsabilità di ciascuno per la colpa di uno degli obbligati (2).

C) — Condizioni per l'esercizio del beneficio di divisione.

Sommario: 606. La divisione del debito non ha luogo di diritto. — 607. Carattere perentorio dell'eccezione di divisione. — 608. Il beneficio di divisione può essere invocato dopo quello di escussione. — 609. Esclusione dell'obbligo di anticipare le spese. — 610. Rifiuto del creditore di dividere l'azione. — 611. Esclusione dell'obbligo di indicare i beni.

606. — Poichè la divisione del debito non ha luogo di diritto, ma viene accordata soltanto quando il fideiussore la invoca in via di *eccezione*, nasce la conseguenza che il fideiussore non può opporre la detta eccezione se non quando il creditore eserciti la sua azione verso lui. In altri termini, prima che il creditore spieghi la sua azione e il fideiussore opponga la sua eccezione, quest'ultimo è obbligato per l'intero, in forza del cit. art. 1911 Cod. civ. it. Quindi, prima che il creditore spieghi la sua azione, il fideiussore non può obbligarlo ad accettare il pagamento del debito per la parte che spetta a lui fideiussore, perocchè egli è debitore dell'intero. E questo principio vale anche nel caso in cui il fideiussore allegasse che il debitore principale e i confideiussori

(1) Chironi, *op. cit.*, n. 166, p. 159-160.
(2) Confr. Chironi, *op. cit.*, n. 167, p. 160.

Digitized by Google

benchè ancora solvibili, cominciano a dissipare i loro beni. Sicchè il fideiussore può soltanto pagare l'intero debito e farsi surrogare nei diritti e nelle azioni del creditore (1). In tal modo il creditore cui convenga di non agire contro il fideiussore, perchè fa assegnamento sul pagamento integrale o da parte del debitore principale o da parte degli altri confideiussori, non può essere costretto a ricevere un pagamento frazionato.

Queste gravi conseguenze discendono, come si disse, dal principio per il quale la divisione non ha luogo di diritto. E già dimostrammo come questo principio non sia logico (2). Le dette conseguenze che gli autori della legge ben conoscevano (3) dimostrano pertanto come lo stesso legislatore abbia intuito che il principio della divisione era soverchiamente favorevole ai confideiussori, ed abbia quindi voluto attenuarlo coi limiti nascenti dell'altro principio che la divisione dev'essere domandata in via d'eccezione, nonostante che la divisione stessa avrebbe dovuto, logicamente, essere accordata di pieno diritto.

607. — A differenza del beneficio di escussione, che è per sua natura un'eccezione dilatoria (4), l'eccezione di divisione è *perentoria*, siccome quella che conduce al rigetto definitivo della domanda, fino alla concorrenza delle quote gravanti sugli altri confideiussori (5).

Nel diritto antico taluni dottori opinavano che il detto beneficio si potesse opporre soltanto prima della contestazione della lite (6). Ma altri pensavano essere invece sufficiente che la divisione dell'azione fosse domandata prima della sentenza e quindi anche dopo la contestazione della lite, a norma della L. 10, § 1, Cod. *de fid.* la quale dichiara: « *Ut dividatur*

(1) Troplong, n. 299; Guillouard, n. 149, p. 170-171; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1063, p. 517; Pothier, in Guillouard, *loc. cit.*

(2) Vedi *retro*, n. 603.

(3) Chabot, *Relazione*, n. 18.

(4) Vedi *retro*.

(5) Pothier, n. 426; Troplong, n. 295; Aubry et Rau, § 426, testo e nota 22; Pont, II, n. 198; Laurent, n. 223; Guillouard, n. 151, p. 172; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1063, p. 516.

(6) Vedi gli autori citati da Pothier, n. 426.

Digitized by Google

actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine solet postulari » (1).

Nel diritto odierno è certo che l'eccezione di divisione, essendo perentoria, può proporsi in prima e in seconda istanza, e in qualunque stato della causa purchè prima della sentenza definitiva (2).

In altri termini, non è necessario che il fideiussore invochi il beneficio di divisione nei primi atti della causa promossa contro lui, diversamente da quanto è prescritto per il beneficio di escussione (3).

Ma poichè la divisione può essere domandata soltanto fino alla sentenza definitiva, il fideiussore non può invocarla, nel caso di procedimento giudiziario, dopo la sentenza di condanna dello stesso fideiussore al pagamento dell'intero debito. Nel diritto antico fu sostenuto l'opposto da alcuni dottori; ma questa opinione è contraddetta dalla citata L. 10, § 1, Cod. *de fidei*, ove è scritto che i fideiussori possono opporre la divisione *ante condemnationem*. Altrimenti il beneficio di divisione proposto dopo la condanna offenderebbe la stessa sentenza e il diritto acquisito dal creditore, che sarebbe ridotto ad una frazione del credito, invece di essere un diritto sulla totalità del credito stesso (4).

Il fideiussore non è poi ammissibile al beneficio della divisione, nel caso di istanze stragiudiziali, dopo che ha avuto luogo la distribuzione del denaro ricavato dalla vendita dei suoi beni (5). Ma la semplice vendita di questi beni, compiuta senza che il fideiussore abbia eccepito la divisione, non toglie al fideiussore la facoltà di domandarla se il denaro non fu ancora distribuito, perchè il fideiussore può aver

(1) Donello, Sulla L. 10, § 1, Cod. *de fid.*, n. 3 e 4; Vinnio, *Selectae quaest.*, II, 40; Pothier, n. 426.

(2) Duranton, XVIII, n. 348; Ponsot, n. 220; Troplong, n. 295; Laurent, n. 223; Corsi, p. 134; Galdi, n. 98, p. 102. Confr.: Guillouard, n. 151, p. 172; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1063, p. 516.

(3) Vedi *retro*.

(4) Pothier, n. 426; Guillouard, n. 151, p. 173; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1063, p. 516. Confr. Troplong, n. 295.

(5) Troplong, n. 298; Guillouard, n. 151, p. 173; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1063, p. 516.

Digitized by Google

lasciato vendere i suoi beni allo scopo di poter pagare la sua parte del debito; di guisa che non si può, senza cadere nell'arbitrio, interpretare il silenzio del fideiussore come una rinuncia al beneficio (1).

608. — Il beneficio della divisione può essere invocato dopo quello di escussione, perocchè si tratta di due diritti i quali coesistono senza escludersi vicendevolmente; di modo che la domanda dell'escussione non forma ostacolo alle ulteriori conclusioni per la divisione. Ciò non toglie, del resto, che interessi allo stesso fideiussore di invocare l'eccezione di divisione in breve termine, essendo che, per legge, i confideiussori rispondono della rispettiva solvibilità finchè non hanno domandata la divisione (2).

609. — Un'altra differenza tra il beneficio della divisione e quello di escussione consiste in questo: che il fideiussore non è obbligato ad anticipare le spese necessarie per agire contro gli altri fideiussori, perchè la legge nulla prescrive su ciò, e, d'altra parte, la posizione giuridica che si verifica in questo caso è diversa da quella in cui si trova il fideiussore quando invoca il beneficio della escussione. Infatti quest' ultimo beneficio lascia sussistere l'obbligazione del fideiussore per la parte non pagata dal debitore, mentre il beneficio di divisione libera completamente il fideiussore dall'obbligo di pagare per gli altri confideiussori solvibili nel tempo in cui lo stesso fideiussore ha ottenuto la divisione. Per la qual cosa l'obbligo di anticipare le spese mancherebbe di fondamento (3).

610. — Può accadere che il creditore ricusi di dividere la sua azione e costringa il fideiussore a sostenere delle spese per far prevalere la sua eccezione. In tal caso, se la solvibilità dei confideiussori era palese, e tuttavia il creditore ha fatto opposizione, è giusto che le dette spese stiano a carico

(1) Troplong, n. 298; Pont, II, n. 201; Guillouard, n. 151, p. 173; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1063, p. 516. Contro: Duranton, XVIII, n. 348. Sulla rinuncia vedi *ultra*.

(2) Corsi, p. 134-135. Confr. Troplong, n. 296.

(3) Duranton, XVIII, n. 348*bis*; Troplong, n. 315; Pont, II, n. 197; Laurent, n. 224; Guillouard, n. 150, p. 172; Corsi, p. 133; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1064, p. 517.

Digitized by Google

dello stesso creditore, non essendo ragionevole la sua opposizione a un diritto vero e proprio del fideiussore. Se invece l'opposizione del creditore può essere giustificata dall'esistenza di dubbi fondati circa la solvibilità di alcuno fra i confideiussori, è conforme a giustizia che le spese necessarie a provare la solvibilità dei confideiussori siano sopportate dal fideiussore (1).

611. — Da ultimo s'avverta che, a differenza del fideiussore il quale invoca il beneficio di escussione, il confideiussore che domanda la divisione non è obbligato a indicare al creditore i beni degli altri fideiussori sui quali può farsi l'escussione; e ciò sia per il silenzio della legge su tale argomento, sia per la notata differenza nella posizione giuridica del fideiussore nei due casi anzidetti.

D) — Chi può invocare il beneficio di divisione.

Sommario: 612. Rinuncia al beneficio di divisione. — 613. Confideiussori solidali. — 614. Esclusione del beneficio per l'avallante d'una cambiale. — 615. Il fideiussore giudiziale. — 616. *Quid juris* se il fideiussore neghi in mala fede la sua obbligazione. — 617. *Quid juris* se l'obbligazione principale è indivisibile.

612. — Al beneficio della divisione il fideiussore può rinunciare, come risulta dal citato art. 1912 Cod. it. (Codice francese, art. 2026).

Tale rinuncia era di stile nel diritto francese antico, essendo che i notai, come per il beneficio di escussione, usavano di inserirla negli atti (2).

La rinuncia può farsi in forma espressa o in forma tacita, non essendo essa sottoposta a formole speciali. Bisogna però che la volontà di rinunciare risulti chiaramente.

613. — Si ha un caso di rinuncia tacita allorquando più fideiussori siansi obbligati solidalmente. Essi infatti assumono allora gli obblighi contemplati dagli art. 1186 e 1189 Cod. it. (Cod. franc., art. 1200 e 1203), per i quali i conde-

(1) Confr. Corsi, p. 132-133.
(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1066, testo e nota 6, p. 517.

Digitized by Google

bitori in solido sono obbligati ciascuno per l'intero senza che possano opporre al creditore il beneficio della divisione (1).

Questo principio vale sia che i fideiussori abbiano contratta obbligazione in solido col debitore principale, sia che abbiano assunta una obbligazione solidale con gli altri fideiussori.

Nel primo caso i fideiussori non possono invocare la divisione perchè si sono obbligati a pagare quanto deve il debitore principale, ossia l'intero.

Nel secondo caso non possono ottenere la divisione perchè la solidarietà esclude per sua natura il beneficio di divisione. È infatti assurda la supposizione che i confideiussori abbiano dichiarato di obbligarsi in solido semplicemente per riprodurre, senza alcuna necessità, il principio posto nel citato art. 1911 Cod. it. (Cod. franc., art. 2025), per il quale i confideiussori sono in massima tenuti in solido, salva la facoltà loro accordata dall'art. seguente di invocare la divisione. È quindi più logico l'interpretare la detta dichiarazione nel senso che i confideiussori abbiano non già voluto fare una inutile affermazione d'un principio già scritto nella legge, ma abbiano invece voluto sottoporsi al diritto comune in materia di solidarietà, ossia alla privazione del beneficio di divisione (2).

Per tali ragioni va respinta la decisione contenuta nella L. 3, Cod. *de fidei*, per la quale se l'atto dichiara soltanto che i confideiussori si sono obbligati *solidariamente*, non si ha rinuncia al beneficio di divisione (3). Le parole *in solido* o *solidariamente* sono infatti abbastanza espressive per far ammettere la rinuncia tacita al detto beneficio.

614. — Segue dal principio ora esposto che l'avallante di una cambiale non può invocare la divisione del debito tra lui e gli altri avallanti, anche se si voglia considerarlo come un fideiussore (il che non ammettiamo), essendo che l'avallante

(1) Pothier, n. 417; Duranton, XVIII, n. 343; Troplong, n. 300; Pont, II, n. 205; Aubry et Rau, IV, § 426, nota 21; Laurent, n. 225; Fournier, (*Rev. crit.*, XVI, 1887, n. 31, p. 45); Guillouard, n. 148, p. 169; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1066, p. 517.

(2) Troplong, n. 301.

(3) Vedi Hering, cap. 27, part. 2, n. 37.

Digitized by Google

sarebbe in ogni caso un fideiussore solidale che, come tale, ha tacitamente rinunciato al beneficio della divisione (1).

615. — Il fideiussore giudiziale non era ammesso al beneficio della divisione nel diritto antico (2).

Ma è evidente che esso può invece valersene in diritto odierno. Tale beneficio spetta, in generale, a tutti i fideiussori che non vi hanno rinunciato. Se il legislatore avesse voluto fare un'eccezione per il fideiussore giudiziale, l'avrebbe pertanto dichiarato espressamente, così come ha fatto per escludere lo stesso fideiussore giudiziale dall'altro beneficio dell'escussione (3).

616. — La legislazione romana escludeva dal diritto di opporre l'eccezione della divisione quel confideiussore che da principio avesse cominciato a negare in mala fede la propria obbligazione « ita demum inter fideiussores dividitur actio si non inficientur; nam inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum » (L. 10, § 1, D. *h. t.*) (4).

V'è chi accetta, in diritto odierno, questa massima, affermando che sarebbe strano che il fideiussore potesse godere del vantaggio di pagare con altri parte di un debito di cui egli declina ogni responsabilità (5).

Noi crediamo invece che, nel silenzio osservato dal legislatore, siffatta eccezione non si debba ammettere. L'eccezione della divisione è per il fideiussore una facoltà il cui esercizio non è inconciliabile col fatto che il fideiussore neghi da principio la propria obbligazione. Dato, infatti, che il fideiussore neghi in mala fede la sua obbligazione, e che vi siano altri fideiussori per il medesimo debitore e per il medesimo debito, il fideiussore si trova pur tuttavia nelle condizioni necessarie per domandare la divisione dell'azione, mentre la legge tace circa la mala fede nella soggetta materia. Nè si obbietti che se il fideiussore ha negato in mala fede la propria obbliga-

(1) Casaregis, *Disc.* 151; Scaccia, § 1, *quaest.* 17, n. 8; Troplong, n. 301.

(2) Pothier, n. 417.

(3) Troplong, n. 303; Guillouard, n. 160, p. 180; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1067, p. 518.

(4) Vedi Pothier, n. 417. Vedi anche in questo senso il diritto baltico (Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1373, p. 452).

(5) Corsi, p. 138.

Digitized by Google

zione, questa sua mala fede dev'essere punita, perocchè se tale argomento può valere per il legislatore, non vale invece per l'interprete.

617. — Crediamo, al contrario, che il fideiussore non possa opporre il beneficio della divisione qualora l'obbligazione principale sia indivisibile, perocchè ogni fideiussore si è obbligato a soddisfare l'*idem* dovuto dal debitore principale, e il debito principale è indivisibile, e l'indivisibilità obbliga per l'intero ciascuno di coloro che sono tenuti al pagamento, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta in solido (arg. Cod. it., art. 1206) (1).

E) — Fra quali persone ha luogo la divisione.

Sommario: 618. Esclusione della divisione tra il fideiussore e il *fideiussor fideiussoris*. — 619. Se il fideiussore di un condebitore solidale possa domandare la divisione tra lui e il fideiussore dell'altro debitore solidale. — 620. Effetti dell'inesistenza o dell'annullabilità dell'obbligazione di uno o più fideiussori. — 621. Modalità dell'obbligazione di uno dei confideiussori. — 622. Fideiussori obbligati successivamente. — 623-626. Insolvenza di alcuni fideiussori al tempo della divisione. — 627. Confideiussore domiciliato all'estero o avente beni situati all'estero. — 628. Prova della insolvibilità d'un confideiussore. — 629. Falsa supposizione della solvibilità d'un confideiussore.

618. — Una condizione necessaria all'esercizio del beneficio di divisione è la presenza di più fideiussori principali per uno stesso debitore e per un medesimo debito.

Poichè la divisione può aver luogo soltanto tra fideiussori principali, essa, sia per il diritto romano (2), come nel diritto francese antico (3) e per il diritto odierno (4), non può farsi tra il fideiussore e chi garantisce per lui di fronte al creditore (*fideiussor fideiussoris; certificateur*). Infatti,

(1) Confr. Corsi, p. 138-139. Vedi anche: Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 496, e Codice generale del Montenegro, art. 470.

(2) L. 27, § 4, D. *de fidei*, 46, 1.

(3) Pothier, n. 419.

(4) Ponsot, n. 212; Troplong, n. 305; Pont, II, n. 209; Guillouard, n. 152, p. 173-174; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1061, p. 515; Corsi, *op. cit.*, p. 139-140.

Digitized by Google

la divisione è possibile soltanto tra un fideiussore e un altro fideiussore; laddove il fideiussore garantito è, di fronte al secondo fideiussore, un debitore principale; ed il beneficio della divisione non è ammesso tra il debitore principale e il fideiussore. « Ille enim loco rei est; nec potest reus desiderare ut inter se et fideiussorem dividatur obligatio » (L. 27, § 4, D. cit.).

619. — Se due debitori solidali hanno dato ciascuno separatamente un fideiussore, il fideiussore di uno di questi debitori non può domandare che l'azione sia divisa tra lui e il fideiussore dell'altro debitore solidario, perocchè i fideiussori sono bensì garanti di uno stesso debito, ma non di uno stesso debitore (1).

È errata l'affermazione fatta in contrario che quando una persona si fa garante di uno tra più debitori solidali, esso è, in qualche modo, fideiussore degli altri, atteso che l'obbligazione di tutti questi debitori è la stessa e, aderendo all'obbligazione di uno di essi, il fideiussore aderisce necessariamente e forzatamente alla obbligazione di tutti gli altri (2).

Il vincolo giuridico dei fideiussori non è unico: se ciascuno d'essi si obbliga al pagamento dello stesso debito, si vincola tuttavia separatamente per un debitore diverso. Le obbligazioni dei fideiussori sono dunque distinte; e infatti, supposto che l'obbligazione di uno dei debitori garantiti venga annullata per un motivo a lui personale, ad esempio, per errore, l'obbligo del fideiussore cessa con quella, mentre dovrebbe sopravvivere se garantendo uno dei debitori il fideiussore avesse garantito anche gli altri (3).

Non siamo quindi nei termini della legge la quale accorda il beneficio soltanto a coloro che hanno fatto sicurtà *per un medesimo debitore e per uno stesso debito* (Cod. it., art. 1911 e 1912).

(1) Così decise Papiniano, L. 51, § 2, D. *h. t.* Conf. Pothier, n. 420; Pont, II, n. 209; Laurent, n. 229; Mirabelli, n. 20, p. 423; Guillouard, n. 153, p. 174-175; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1060, p. 515. Contro Troplong, n. 306.

(2) Troplong, *loc. cit.*

(3) Guillouard, *loc. cit.*

Digitized by Google

620. — Il diritto del fideiussore di esigere la divisione dell'azione presuppone la validità dell'obbligazione degli altri fideiussori.

Ciò posto, bisogna distinguere l'inesistenza della obbligazione di uno o più fideiussori dalla semplice annullabilità.

Se l'obbligazione di uno dei confideiussori è inesistente, la divisione ha luogo soltanto tra i confideiussori il cui vincolo è valido; perocchè la divisione non può obbligare il creditore a ricevere un pagamento parziale, e, d'altra parte, il creditore può aver voluto il concorso di più fideiussori per premunirsi contro la nullità dell'obbligazione di uno fra essi.

Se invece l'obbligazione di uno dei confideiussori è soltanto annullabile, atteso che essa esiste legalmente finchè non venga annullata, il creditore deve frattanto dividere l'azione fra tutti i fideiussori compreso quello la cui obbligazione è annullabile; ma può riservarsi il regresso verso gli altri fideiussori per il caso in cui la detta obbligazione sia annullata (1); perocchè l'efficacia della divisione è subordinata all'acquiescenza del confideiussore, ed una volta che la fideiussione è stata annullata, è come se non avesse mai esistito.

621. — La circostanza che uno dei confideiussori si è vincolato sotto condizione o a termine, mentre gli altri fideiussori sono obbligati puramente e semplicemente, non toglie il beneficio della divisione, ma il creditore può riservarsi il regresso verso gli altri fideiussori per il caso in cui la condizione non si verifichi e per il caso in cui, spirato il termine, il fideiussore sia insolvibile (2).

622. — Non influisce neppure la circostanza che i fideiussori siansi obbligati successivamente invece che congiuntamente.

Gli art. 1911 e 1912 del Codice italiano (Codice francese, art. 2025 e 2026) non fanno distinzione tra l'un caso e l'altro,

(1) Pothier, n. 424; Ponsot,, n. 218; Pont, II, n. 208; Laurent, n. 230; Guillouard, n. 154, p. 175; Galdi, n. 109, p. 111; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1058, p. 514.

(2) Pothier, n. 421; Guillouard, n. 155, p. 176; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1059, p. 515.

Digitized by Google

ed è quindi infondata l'asserzione che la legge presupponga una fideiussione data congiuntamente (1).

Fu inoltre detto che, se i fideiussori sono intervenuti successivamente, il primo si è obbligato per l'intero, e l'intervento di un nuovo fideiussore non può diminuire i diritti del creditore contro il primo (2). Ma il beneficio della divisione è stato introdotto per favorire i fideiussori in genere, e l'essersi questi obbligati successivamente piuttosto che congiuntamente non è una circostanza che valga a creare una deroga alla regola, non essendovi ragioni per favorire soltanto quelli che si sono vincolati simultaneamente (3).

623. — Se alcuni fideiussori erano non solventi nel tempo in cui uno dei fideiussori ha ottenuto la divisione, ragion vuole che questi sia obbligato in proporzione per tale non solvenza (4); ma che non possa essere più molestato per causa delle non solvenze sopravvenute dopo la divisione (Cod. it., art. 1912 capoverso; franc., art. 2026). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1898; parmense, articolo 2054; sardo, art. 2062; estense, art. 2042; Codici vigenti: neerlandese, art. 1874; della Luigiana, art. 3019; di Haiti, art. 1790; messicano, art. 1860.

Per il Codice chileno, art. 2367, 1° capoverso, e per il columbiano, art. 2392, la insolvenza di un fideiussore grava sugli altri, ma non si ritiene come insolvente quel fideiussore che sia garantito da un mallevadore (*subfiador*) solvibile. E il fideiussore che in modo non equivoco abbia limitato la sua responsabilità a una somma o quota determinata, è responsabile soltanto fino alla concorrenza di tale somma o quota.

Invece per il Codice del Guatemala, art. 2234, se uno dei fideiussori semplici cade in insolvenza, non aumenta la responsabilità degli altri.

(1) Così afferma il Duranton, XVIII, n. 346.

(2) Duranton, *loc. cit.*

(3) Ponsot, n. 214; Pont, II, n. 210; Guillouard, n. 155, p. 176; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1058, p. 514-515. Conf. Cod. chileno, art. 2368, e columbiano, art. 2393.

(4) L. 26, D. *h. t.*; L. 10, § 1, Cod. *de fidei*; Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. II, n. 6.

Digitized by Google

624. — Il beneficio di divisione è un favore accordato ai fideiussori, ma non deve degenerare in un danno per il creditore. Ecco perchè è giustamente disposto che l'insolvibilità di un fideiussore non debba ricadere sul creditore stesso, ma sia sopportata per la sua parte dal fideiussore che ha ottenuto la divisione.

Ma se questa regola è giusta nel caso di una insolvibilità già esistente nel momento in cui la divisione è ottenuta, ossia nel momento in cui il giudice emana la sentenza, non sarebbe più tale nel caso di una insolvibilità sopravvenuta dopo tale momento; perocchè i fideiussori sono divenuti estranei gli uni agli altri dal momento in cui fu pronunciata la divisione, avendo essi acquisito il diritto di pagare soltanto la loro parte quale risultava nel detto giorno (1).

625. — La solvibilità dei confideiussori deve pertanto esistere non già nel momento in cui uno dei fideiussori ha domandato la divisione, ma nel momento in cui questa divisione è *ottenuta* ossia è pronunciata. Tale è il senso del citato art. 1912 capov. Cod. it. (Cod. franc., art. 2026) (2).

626. — Avvertasi inoltre che per determinare la solvibilità dei confideiussori si deve tener calcolo altresì della solvibilità dei loro garanti, di modo che i confideiussori si devono reputare solvibili se, pur non essendo tali essi, sono però solvibili i loro fideiussori. « Si quaeratur an solvendus sit principalis fideiussor, etiam vires sequentis fideiussoris aggregandae sunt » (L. 27, § 2, D. *h. t.*) (3).

(1) Pothier, n. 421; Troplong, n. 310; Guillouard, n. 156, p. 177; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1054, p. 513.

(2) Troplong, n. 309; Pont, II, n. 211; Guillouard, n. 156, p. 177; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1056, p. 513. Questi due ultimi autori osservano inoltre al n. 1062, p. 515-516, doversi evitare di dire, come spesso si fa, che il giudice opera la divisione del debito fra tutti i fideiussori che sono solvibili in questo momento; perocchè questa proposizione sembra significare che il giudice condannerà ciascuno dei fideiussori solvibili a pagare la sua parte, e non soltanto il fideiussore contro il quale la domanda è stata fatta e che invoca il beneficio della divisione, ma altresì gli altri che non sono in causa: « Or ce serait là une véritable hérésie: le juge ne peut condamner que la caution ou les cautions qui sont parties à l'instance, sauf aux autres à invoquer à leur tour le bénéfice de division quand elles seront poursuivies ».

(3) Pothier, n. 421; Pont, II, n. 215; Guillouard, n. 156, p. 177; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1056, p. 513-514.

Digitized by Google

627. — Se uno dei confideiussori è domiciliato all'estero, oppure ha beni escutibili ma situati all'estero, esso, secondo un principio di POTHIER (1), dovrebbe essere parificato in ogni caso al confideiussore insolvibile, perchè il beneficio di divisione è una grazia che la legge concede solamente quando il creditore non debba avere troppo grave incomodo.

La massima di POTHIER non può essere accettata.

Se infatti lo straniero ha beni nel territorio dello Stato, non v'è alcuna ragione per parificarlo al fideiussore insolvibile: è bensì vero che il creditore può avere un incomodo; ma altra cosa è l'incomodo del creditore ed altro è l'insolvenza vera e propria di cui parla l'art. 1912 Cod. it. Questa soltanto esclude il beneficio di divisione (2).

Ma anche se lo straniero domiciliato all'estero non possiede beni nel territorio dello Stato, non crediamo che possa essere parificato ad un fideiussore insolvibile, dato che possegga beni nel proprio paese. S'è detto in contrario che un creditore non deve essere costretto a imprendere la procedura dispendiosa dei paesi stranieri; e che si deve avere in considerazione la solvibilità in Francia, essendo chiaro che il creditore ha richiesto altri fideiussori soltanto perchè quello gli è sembrato insufficiente (3).

Sotto l'aspetto razionale è discutibile se si debba eguagliare al confideiussore insolvente quello che bisogna escutere all'estero perchè la procedura dispendiosa cui è costretto in tal caso il creditore, può fargli perdere i beneficii della solvibilità. Comunque, crediamo che il diritto positivo vigente escluda questa interpretazione (4), poichè alla regola della divisione l'interprete non può fare altre eccezioni oltre quelle volute dalla legge. E questa ammette un'unica eccezione per il caso di un confideiussore *non solvente* (Cod. it., art. 1912 capov. cit.). È

(1) POTHIER, n. 424.

(2) TROPLONG, n. 312.

(3) TROPLONG, *loc. cit.*; GALDI, n. 108, p. 110.

(4) Conforme: GUILLOUARD, n. 157, p. 178; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1057, p. 514. Questi ultimi due autori respingono la detta parificazione anche sotto l'aspetto legislativo: « en législation, aujourd'hui que, dans aucun pays, les tribunaux ne refusent leur accès aux étrangers, elle nous paraît également devoir être écartée ».

Digitized by Google

bensì indubitabile che l'insolvibilità essendo una questione di fatto, va ammessa o esclusa secondo le circostanze; ma altro è l'impotenza del fideiussore a pagare contemplata dalla riferita disposizione, ed altra cosa è la difficoltà di escutere il fideiussore stesso quando questi è solvibile. Non è dunque il caso di ricorrere ad una interpretazione estensiva, nè esiste una ragione di analogia che autorizzi la soluzione contraria. Il creditore, del resto, può premunirsi esigendo dai confideiussori la rinuncia al beneficio di divisione.

628. — Se il creditore, allegando l'insolvibilità di uno o più confideiussori, antecedente alla divisione, vuol tenere di ciò responsabili gli altri fideiussori, deve somministrare la prova di quanto afferma coi mezzi ordinari (1).

E se nasce disputa tra il creditore e il fideiussore che domanda la divisione circa la solvibilità dei confideiussori, il fideiussore se offre di pagare la sua parte, può domandare che prima di decidere la detta contesa, il creditore sia obbligato a escutere i confideiussori; ma questa escussione deve farsi a rischio del detto fideiussore (2).

629. — Supposto che la divisione abbia avuto luogo, e il creditore scopra che un confideiussore il quale era stato creduto solvibile, non lo era già più nel momento in cui la divisione fu pronunciata, il creditore può rivolgersi al confideiussore che ha pagato la sua quota affinchè sopporti la sua parte di responsabilità e paghi le spese della escussione (3). Infatti, se con la pronuncia della divisione, i confideiussori hanno diritto di « non essere più molestati per causa delle non solvenze sopravvenute *dopo la divisione* » (Cod. it., art. 1912 capov. cit.; Cod. franc., art. 2026 cit.), ciò non toglie che essi possano ancora essere ricercati per le insolvenze esistenti *prima della divisione*, ancorchè questa abbia già avuto luogo.

(1) Casaregis, disc. 170, n. 1 e seg.; Troplong, n. 311.
(2) L. 10 e 28, D. *h. t.*; Pothier, n. 423; Troplong, n. 316.
(3) Troplong, n. 315, che cita Fabro, Cod., 8, 28, 35 in fine e note 24 e 25.

Digitized by Google

F) — Divisione fatta spontaneamente dal creditore.

SOMMARIO: 630. Modalità della divisione volontaria — 631-632. Domanda giudiziale presentata contro uno dei confideiussori per la sola sua quota. — 633. Conclusione.

630. — Prima ancora che il confideiussore invochi la divisione, lo stesso creditore può rinunciare al diritto di esigere da ciascuno dei fideiussori l'intero debito, dividendo egli stesso e volontariamente l'azione. Questa rinuncia toglie al creditore il diritto di recedere dalla fatta divisione, quantunque prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione vi fossero dei fideiussori non solventi (Cod. it., art. 1913; Cod. franc., art. 2027). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie (art. 1899); parmense (art. 2055); sardo (articolo 2063); estense (art. 2043); e i Codici vigenti: neerlandese (art. 1875); di Haiti (art. 1791); portoghese (art. 836); messicano (1860).

La divisione volontaria dell'azione, che è il mezzo col quale si estrinseca la rinuncia del creditore, può essere *generale* o *parziale* a seconda che il creditore intende di dividere l'azione a favore di tutti i confideiussori, o soltanto a favore di uno o più fra essi.

La detta divisione può farsi dal creditore in tre modi: 1° se il creditore, senza far riserve circa la solidarietà, riceve da uno o più confideiussori la parte che spetta a ciascuno, egli, salvo che dalle circostanze risulti una contraria intenzione, rinuncia all'azione per intero verso il confideiussore o i confideiussori così esonerati dalla solidarietà (1); 2° se il

(1) TROPLONG, n. 318; GUILLOUARD, n. 158, p. 179; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1052, p. 512. Vedi inoltre per questi due ultimi scrittori il n. 1068, p. 518, della loro opera, dove affermano che il creditore può bensì operare la divisione anche tra i fideiussori che non godono il beneficio di divisione, e ciò rinunciando alla solidarietà « mais de ce que le créancier ne poursuit l'une de ces cautions que pour une partie de la dette, il ne ressort pas que le créancier ait entendu diviser définitivement la dette entre les cautions » e citano: Cass. req. 16 mars 1898 (*Dallox*, 1898, 1, 301). « L'intention contraire peut cependant résulter des circonstances ».

Digitized by Google

creditore pattuisce in anticipazione che il debito sarà diviso (1); 3° se il creditore presenta contro uno dei confideiussori una domanda giudiziale con cui chiede soltanto la quota dovuta da quest'ultimo, egli perde il diritto di esigere dallo stesso confideiussore l'intero credito.

631. — Questo terzo principio è però controverso. Di fronte alla conforme opinione professata da POTHIER (2) un'altra dottrina, che è la più diffusa, propone una distinzione. Se il fideiussore ha rinunciato al beneficio di divisione, oppure si è obbligato con l'espressione formale di solidarietà, bisogna applicare l'art. 1211 Cod. franc. (Cod. it., art. 1196 capov. 1°), a termini del quale non si presume che il creditore abbia liberato il condebitore dalla solidarietà per la semplice domanda fatta contro lui per la sua parte, se il condebitore non ha aderito, o se non è stata pronunciata una sentenza di condanna. Perocchè la riferita disposizione è la regola della materia. Ma se il fideiussore, chiamato in giudizio per la sua parte, non ha rinunciato al beneficio di divisione, se ha promesso non altro che la solidalità legale, basta che il creditore gli abbia fatto una domanda parziale perchè sia riputato rinunciante. Ed allora, quantunque il convenuto non abbia ancora aderito, il creditore non può ritornare sulle sue conclusioni e sostituire una domanda per l'intero alla domanda parziale (3).

Noi crediamo che questa distinzione, accolta dalla dottrina prevalente, è arbitraria. In primo luogo non ha un fondamento nella legge perchè il citato art. 1913 Cod. it. (Codice francese, art. 2027), mentre dichiara che il creditore il quale « ha diviso egli stesso e volontariamente la sua azione non può recedere dalla fatta divisione » non distingue il caso del fideiussore espressamente obbligatosi in solido o che ha rinunciato alla divisione, dal caso opposto. In secondo luogo non v'è una ragione sufficiente per applicare al caso del creditore

(1) Trib. civ. Nancy, 20 janvier 1890, citata da BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1052, p. 512.

(2) POTHIER, n. 427.

(3) TROPLONG, n. 320 che cita: PONSOT, n. 126; ZACHARIAE, III, p. 161 e nota 18; DURANTON, XVIII, n. 347.

Digitized by Google

che presenta un'azione divisa contro un confideiussore solidale o rinunciante alla divisione, una disposizione dettata per il caso della solidarietà ordinaria. Il confideiussore anche se obbligato espressamente in solido non è un condebitore solidale ordinario, perocchè l'accessorietà e sussidiarietà inerenti alla sua obbligazione fideiussoria imprimono al suo vincolo un carattere distinto da quello che è proprio della obbligazione solidale comune.

Nessuna contraddizione pertanto fra l'art. 1913 Cod. it. e l'art. 1196; e nessuna ragione di applicare quest'ultimo nella soggetta materia, mentre esso è un testo speciale alla solidarietà ordinaria.

La rinuncia di fatto del creditore ad esigere da un fideiussore l'intero, si ha, per la legge vigente, se egli ha, volontariamente, divisa l'azione. Ed è certo, che il creditore divide l'azione allorchè fa citare un confideiussore soltanto per la sua parte.

Nulla importa quindi che il confideiussore siasi obbligato formalmente in solido, o abbia rinunciato alla divisione, perocchè, col dividere volontariamente l'azione, il creditore manifesta chiaramente la volontà di rinunciare al diritto di esigere l'intero dal fideiussore che pur vi sarebbe tenuto non solo perchè confideiussore (Cod. it., art. 1911), ma anche perchè confideiussore solidale, o rinunciante al beneficio di divisione.

In ogni caso adunque il creditore che ha spiegato una domanda parziale contro un fideiussore non può successivamente pretendere da lui l'intero (1). E questa differenza tra la rinuncia all'azione per l'intero, fatta da un creditore verso un confideiussore e la rinuncia alla solidarietà fatta verso un ordinario debitore in solido, ha, ripetiamo, ragione di essere nella notata differenza di carattere fra le due obbligazioni.

Il principio su esposto è poi giustificato da un'ulteriore ragione allorchè si tratta di confideiussori non obbligati espressamente in solido nè rinuncianti alla divisione; perocchè allora non essendo essi veri debitori solidali, il creditore che volontariamente divide l'azione non fa che prevenire una eventuale

(1) Confr. Guillouard, n. 159, p. 179-180, il quale non è abbastanza esplicito in questo punto.

Digitized by Google

domanda di divisione, essendo questa una facoltà dei confideiussori (Cod. it., art. 1912); per la qual cosa la rinuncia del creditore può ammettersi più facilmente che nel caso dei condebitori solidali. Ecco perchè la legge non esige il consenso del fideiussore oppure la sentenza di condanna. Invece è necessaria una di queste due condizioni nel caso di debitori solidali propriamente detti, perchè allora avendo il creditore espressamente voluto la solidarietà ordinaria, che è più rigorosa della fideiussione, si deve meno facilmente presumere che vi rinuncia.

632. — S'avverta poi che il creditore, il quale ha concessa la divisione del debito ad uno solo dei confideiussori, conserva l'azione per l'intero credito verso gli altri confideiussori.

Questo principio concorda pertanto con la regola scritta nell'art. 1195 Cod. it. (confr. Cod. franc., art. 1210) per la divisione del debito concessa dal creditore a favore di uno dei condebitori solidali ordinari.

633. — Riassumendo: quando il creditore volontariamente divide la sua azione, si presume che egli rinunci da quel momento alla solidarietà verso i confideiussori da lui così esonerati, mentre conserva l'azione solidaria verso gli altri fideiussori. Per la qual cosa il creditore non può in appresso esigere dai confideiussori esonerati la porzione di quei fideiussori che fossero insolvibili, anche se tale insolvibilità fosse anteriore al tempo in cui egli ha concessa la divisione.

Questo principio non vale invece quando si tratta non già di una spontanea rinuncia fatta dal creditore alla solidarietà, ma di una divisione giudizialmente accordata su domanda del confideiussore. In quest'ultimo caso la divisione essendo imposta al creditore, ciascun confideiussore deve sopportare per la sua parte le insolvibilità che esistevano allorquando la divisione fu pronunciata (1).

(1) Troplong, n. 324; Guillouard, n. 159, p. 180.

Digitized by Google

Capo II.

EFFETTI DELLA FIDEIUSSIONE TRA IL FIDEIUSSORE E IL DEBITORE

Sommario: 634. Partizione.

634. — Dopo aver considerata la posizione giuridica del fideiussore in rapporto al pagamento da eseguirsi, ossia di fronte al creditore, esaminiamo la sua posizione dopo che tale pagamento ha avuto luogo o deve essere eseguito per opera sua, ossia determiniamo gli effetti della fideiussione tra il fideiussore e il debitore.

Questi effetti si compendiano in tre diritti: 1° l'azione di regresso; 2° la surrogazione nei diritti del creditore; 3° l'azione di rilevazione.

§ 1.

Il regresso fideiussorio.

Sommario: 635. Concetto.

635. — Il fideiussore che paga per il debitore garantito, non intende con ciò di donare al debitore stesso il valore pagato; e poichè egli ha soddisfatto un debito altrui, è naturale che possa farsi rimborsare quanto ha dovuto spendere per il garantito. Di qui l'azione di regresso.

A) — Legislazione comparata.

Sommario: 636. Diritto greco. — 637. Legislazione romana. — 638. Diritto barbarico. — 639. Diritto francese dell'epoca feudale. — 640. Diritto francese anteriore al Codice. — 641. Legislazioni moderne.

636. — È ignoto se il regresso che anche in diritto greco aveva il fideiussore contro il debitore da lui liberato per otte-

Digitized by Google

nere il rimborso del pagamento, si esercitava per mezzo di un'azione speciale oppure con l'azione generale συμβολαίων o συνθηκῶν παραβάσεως. Ma è certo che tale regresso tendeva a conseguire il rimborso delle anticipazioni fatte dal fideiussore e il rifacimento del danno eventualmente sorto per lui dall'inadempimento dell'obbligazione principale (1).

637. — Quanto al diritto romano, per sapere se il fideiussore che ha pagato può rivolgersi al debitore principale, bisogna esaminare i rapporti esistenti fra queste due persone.

Il fideiussore non ha il regresso se ha mallevato per un debito che riguarda lui stesso; o bensì per un debito altrui, ma senza l'intenzione di obbligare il debitore principale (2). Fuori di questi casi il fideiussore ha il regresso secondo le regole o del mandato o della gestione d'affari (3).

Se ha pagato senza essere obbligato, può ripetere quanto ha pagato purchè non sia incorso in colpa (4).

Il fideiussore ha altresì il regresso senza che abbia pagato affatto, se il creditore gli ha rimesso il debito con l'intenzione di arricchirlo, ad es., per fargli una donazione (5).

Il debitore principale può dare al fideiussore, per sicurtà del suo regresso, un mallevadore (mallevadore del regresso; Rückbürge). Per questo caso di malleveria non vi sono regole speciali (6).

638. — Anche nel diritto barbarico il fideiussore aveva il regresso contro il debitore dopo aver pagato il debito. Ma più efficace di tale regresso era il diritto del fideiussore di agire contro il debitore anche prima d'aver pagato, in quanto,

(1) Beauchet, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, IV, p. 483, Paris, 1897.

(2) L. 6, § 2, D. *mand.*, 17, 1; L. 9, § 3, D. *de Sc. Mac.*, 14, 6; L. 53, L. 60, § 1, D. *mand.*, 17, 1; L. 8, D. *de usufr. ear. rer.*, 7, 5. Vedi Windscheid, § 481, p. 465 e i pandettisti citati a p. 12 nota 2 della presente opera.

(3) L. 6, § 2; L. 18; L. 20, §§ 11, 21; L. 22 pr., § 1; L. 40; L. 60, § 1, D. *mand.*, 17, 1, *h. t.*

(4) L. 10, § 12; L. 29, D. *mand.* 17, 1; L. 10, Cod. *eod.*, 4, 35; L. 67, D. *h. t.*

(5) Windscheid, *loc. cit.* Confr.: L. 10, § 13; L. 12 pr., § 1, D. *mand.*, 17, 1.

(6) Windscheid, *loc. cit.*

Digitized by Google

se il creditore lo minacciava, egli aveva il diritto di impadronirsi dei beni mobili del debitore per darli in pagamento al creditore; e il debitore era punito se si opponeva all'esercizio di tale diritto (1).

639. — Nel diritto francese dell'epoca feudale, il regresso del fideiussore che aveva pagato il creditore per il debitore principale era molto efficace, poichè per talune consuetudini il *plége* poteva in origine impadronirsi dei beni del debitore senza rivolgersi alla giustizia. Ma più tardi il fideiussore dovette rivolgersi alla giustizia per poter procedere all'esecuzione forzata contro il debitore. E d'allora il suo regresso comprese il diritto di farsi indennizzare di ogni danno sofferto e il diritto al rimborso delle spese da lui sostenute; il che derogava al principio generale della procedura feudale secondo cui ciascuno dei contendenti doveva sopportare le sue spese giudiziali (2).

Ma l'esercizio del regresso era subordinato alla condizione che il *plége* prima di pagare avvertisse il debitore dell'azione contro lui intentata e si lasciasse citare dal creditore, perocchè il debito poteva essere estinto, oppure il debitore poteva essere disposto a pagarlo (3).

Il *plége* non aveva il regresso se, invece di riconoscere il debito, cominciava per negare la sua obbligazione (4). Ma alcuni « coutumiers » per evitare che il debitore si arricchisse in questo modo a spese del fideiussore, accordavano egualmente a costui il regresso (5).

640. — Nel diritto francese anteriore al Codice era ammessa la distinzione romana tra l'*actio mandati contraria* se la fideiussione fu prestata col consenso del debitore, essendo che questo consenso racchiude un contratto tacito di mandato: « Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur » (L. 60, D. *de reg. jur.*); e l'*actio contraria negotiorum gestorum*, se il fideiussore si è obbligato ad insaputa del debitore (6).

(1) Leggi di Liutprando, chap. 40; Legge *dei Burgundi*, tit. XIX, § 9.
(2) Glasson, *op. cit.*, VII, § 14, p. 659.
(3) Glasson, *op. cit.*, § 14, p. 660.
(4) Beaumanoir, t. II, chap. 43, n. 6, p. 172.
(5) *Livre de justice et de plet*, liv. XVIII, tit. 7, § 3.
(6) Pothier, n. 430.

Digitized by Google

641. — Nelle legislazioni moderne l'azione di regresso fu introdotta senza una formale distinzione tra l'*actio mandati* e l'*actio negotiorum gestorum.*

Per il Codice italiano (art. 1915), come per il francese (art. 2028) « il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale, ancorchè non consapevole della prestata sicurtà ». Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, articolo 1900; parmense, art. 2057; sardo, art. 2065; estense, art. 2045; Codici vigenti: neerlandese, art. 1876; portoghese, art. 838, § unico; spagnuolo, art. 1838; della Luigiana, art. 3021; di Haiti, art. 1792; chileno, art. 2370; dell'Uruguay, 2092; messicano, art. 1861 e art. 1862, n. 2; columbiano, art. 2395; del Basso-Canadà, art. 1948 e 1949 (1).

Il Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 504, non consacra espressamente nè l'azione di mandato nè quella di gestione d'affari, ma comprende nel concetto di « regresso », in genere. il diritto del fideiussore di essere « surrogato nei diritti del creditore fino a concorrenza della somma che gli ha pagato, *senza pregiudizio delle speciali azioni ed eccezioni che possono derivare dal rapporto giuridico esistente tra fideiussore e debitore principale* ».

Il Codice argentino, articoli 2029 e 2030, parla di *surrogazione* del fideiussore nei diritti e nelle garanzie del creditore.

Neppure il Codice del Montenegro, nè il germanico (2) riproducono la riferita disposizione del Codice francese e italiano, ma contemplano invece espressamente il trapasso nel fideiussore, che ha pagato, dei diritti del creditore (Codice germanico, § 774; del Montenegro, art. 467). Tuttavia il Codice germanico fa derivare dalla fideiussione assunta per mandato del debitore, e da quella assunta per gestione senza

(1) Le differenze nel *contenuto* del regresso fra alcune di queste legislazioni sono esposte più oltre.

(2) Müller und Meikel, *Das Bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung*, München, 1899, I, § 148, p. 398-399; Endemann, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 5ª ediz., Berlino, 1899, I, § 192, p. 866-868; Enneccerus und Lehman, *Das Bürgerliche Recht*, Marburg, 1900, I, § 326, p. 698. Vedi inoltre sul § 774 gli altri commentatori del Codice germanico citati nella *Parte Generale* a pag. 30, nota 4.

Digitized by Google

mandato, gli eventuali diritti del fideiussore di essere liberato dalla fideiussione (§ 775).

Il Codice civile giapponese contempla invece espressamente il caso in cui il fideiussore s'è vincolato dietro un mandato del debitore principale (art. 459), e il caso in cui esso si è impegnato ad insaputa del debitore stesso (art. 462). Nel primo caso se il fideiussore fu condannato a pagare il creditore, o se ha pagato il debito, o altrimenti liberato il debitore mediante un sacrificio personale, il tutto senza colpa da parte sua, egli ha contro il debitore un regresso per farsi indennizzare (art. 459 cit.). Se invece il fideiussore s'è vincolato a insaputa del debitore, ed ha pagato il debito oppure ha altrimenti procurato la liberazione del debitore stesso con un sacrificio personale, egli ha diritto alle indennità nella misura del profitto a lui procurato al momento della liberazione (art. 462 cit.).

B) — **Fondamento e natura del regresso.**

SOMMARIO: 642. L'*actio mandati* e l'*actio negotiorum gestorum*. — 643. Se il fideiussore che garantisce contro la volontà del debitore principale abbia il regresso. — 644-645. Continuazione. — 646. L'azione di rimborso dell'avallante.

642. — Quantunque la legge vigente non distingua formalmente, come si disse, l'*actio mandati* dall'*actio negotiorum gestorum*, e sebbene l'una e l'altra azione tendano al medesimo scopo, che è il rimborso, tuttavia esiste fra esse una differenza, in quanto la prima produce effetti più estesi che la seconda. Mentre il fideiussore che esercita l'*actio mandati* può ottenere il rimborso di tutte le spese fatte in esecuzione del mandato, il fideiussore che si vale dell'*actio negotiorum gestorum* ha il regresso contro il debitore solo in quanto le spese fatte sono state necessarie o almeno utili al debitore stesso (1).

Posto ciò, l'azione *mandati* sorge quando la fideiussione fu contratta d'accordo tra il fideiussore e il debitore. Se il debitore

(1) GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 167, p. 190; ID., *Traité du mandat*, I, n. 32.

Digitized by Google

ha espressamente dato il suo consenso, la detta azione ha per fondamento un mandato espresso. Se il debitore ha conosciuto l'intervento del fideiussore ed ha taciuto, l'*actio mandati* è fondata sopra un mandato tacito (1), potendo il mandato essere così tacito come espresso (Cod. it., art. 1738), ed essendo tacito il mandato risultante da fatti e circostanze che non contengono una manifestazione diretta della volontà del mandante, ma fanno ritenere che un mandato esista (2).

Se poi la fideiussione fu prestata ad insaputa del debitore, sorge, come già sappiamo, l'*actio negotiorum gestorum*. Diciamo *ad insaputa*; e questo caso è ben diverso da quello che si verifica allorquando il fideiussore garantisce *contro la volontà* del debitore principale.

643. — In diritto romano Paolo aveva sentenziato su quest'ultimo caso: « Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur (L. 40, D. *mand.*).

Giustiniano adottò l'opinione di Paolo (3).

Il dissenso tra i giureconsulti romani, accennato da Paolo, nasceva da questo che alcuni ammettevano per il fideiussore almeno l'azione utile *negotiorum gestorum* (4).

Il dissenso non è cessato neppur oggi.

Nel diritto comune Hering (5) opinava che non competesse al fideiussore neppure un'azione utile *negotiorum gestorum*.

Cuiacio, commentando la citata L. 53, D. *mand.*, al libro 9 delle *Quaest. Papin.* scriveva invece che il fideiussore ha

(1) Troplong, n. 328; Baudry-Lacantinerie et Vahl, n. 1078, p. 521. Questo punto è però controverso, opinando taluno che sorga in tal caso una gestione d'affari. Vedi Guillouard, *op. cit.*, n. 176, p. 202; Id., *Traité du mandat*, n. 47-48. Tale questione appartiene al trattato del mandato e della gestione d'affari. Perciò ci siamo limitati ad esporre semplicemente la nostra opinione.

(2) Cass. Firenze, 21 maggio 1888 (*Legge*, 1888, II, 115).

(3) L. fin., Cod. *de negot. gestis*.

(4) Così Gaio (L. 39, D. *de negot. gest.*) e Papiniano (L. 53, D. *mand.*). Vedi Troplong, *op. cit.*, n. 329 e *Del mandato*, n. 76.

(5) Hering, *op. cit.*, cap. V, n. 151. Confr. cap. XXV, n. 71.

Digitized by Google

un'azione *negotiorum gestorum* « nam ea etiam datur iis qui recusantium et contradicentium negotia gesserunt, modo ea utiliter gesserint » (L. *solvendo*, 39, D. *de negot. gest.*).

Anche fra i moderni v'è chi pensa si debba accordare una azione utile *negotiorum gestorum* al fideiussore, in omaggio a quel principio generale di diritto cui bisogna ricorrere in mancanza di un testo formale, secondo cui nessuno deve arricchirsi con altrui danno. Perocchè il debitore principale si arricchirebbe indebitamente, qualora il fideiussore non avesse nessuna azione per essere indennizzato (1).

Altri limitano il regresso del fideiussore all'arricchimento procurato al debitore e gli accordano un'*actio de in rem verso* (2).

Altri ancora negano ogni regresso al fideiussore e gli accordano soltanto la surrogazione legale nei diritti del creditore (3).

V'è chi nega anche la surrogazione anzidetta contemplata dall'art. 1916 Cod. it., e accorda al fideiussore soltanto la surrogazione convenzionale di cui parla l'art. 1252 dello stesso Codice, esigendo, a termini di questo articolo, che il creditore abbia espressamente consentito la detta surrogazione, contemporaneamente al pagamento (4).

Taluno, da ultimo, nega al fideiussore qualsiasi azione (5).

(1) Troplong, n. 329. Confr. Id., *Del mandato*, n. 76.

(2) Mourlon, *Des Subrogations*, p. 405 e segg., citato dal Guillouard, n. 176, p. 202; Ricci, *op. cit.*, IX, n. 353. Confr. Mirabelli, *op. cit.*, n. 28, p. 439-440, che ammette la detta azione e inoltre il subingresso.

(3) Duranton, XVIII, n. 317; Troplong, n. 362; Aubry et Rau, IV, § 427 testo e nota 2; Corsi, p. 145-149; Guillouard, n. 176, p. 203 e n. 188, p. 215; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1104, p. 534.

(4) Galdi, n. 116, p. 124-125.

(5) Laurent, XXVIII, n. 236, il quale dice che taluni affermano esservi gestione d'affari, ma ciò non è ammissibile (t. XX, nn. 336-338). Altri dicono che il fideiussore ha l'azione *de in rem verso*; ma ciò, soggiunge il citato autore, è assai dubbio; il debitore il quale s'oppone a che il fideiussore intervenga per lui s'oppone con ciò a che il fideiussore agisca contro di lui. Vanamente s'invoca l'equità e la massima che nessuno può arricchirsi a spese altrui; la prima regola d'equità vuole che nessuno s'immischi negli affari altrui nonostante il *dominus*.

Digitized by Google

644. — È talmente remoto il caso di una garanzia prestata contro la volontà del garantito, che l'importanza pratica di simile questione è quasi nulla.

Esclusa, per chi intervenne, *invito debitore*, l'*actio mandati*, perchè manca, sotto l'aspetto del mandato, qualsiasi rapporto di tal genere tra garante e garantito, e perchè si oppone al concetto del mandato tacito la dichiarazione della contraria volontà del debitore, la questione se l'autore del pagamento possa agire contro il debitore si aggira intorno all'*actio negotiorum gestorum*, all'*actio de in rem verso* (1) e al concetto della surrogazione legale o convenzionale.

Perocchè va, in primo luogo, escluso si possa presumere che chi interviene *invito debitore*, intenda di fare una donazione al debitore stesso, perocchè la donazione non si presume e dev'essere accettata dal donatario, mentre, in realtà, il debitore rifiuta l'intervento.

Riguardo al concetto secondo il quale il fideiussore avrebbe un'azione fondata sull'*arricchimento ingiusto*, va osservato che, nella questione di cui si parla, il principio di morale e di diritto per cui a nessuno è lecito di arricchirsi con altrui danno, si trova in conflitto con un altro principio, anch'esso morale e giuridico a un tempo, secondo il quale a nessuno è lecito intromettersi negli affari altrui contro la volontà dell'interessato. Perocchè, a prescindere da altre considerazioni, una malleveria, seguìta da pagamento, *invito debitore*, può anche costituire un atto ingiusto, qualora il garantito avesse ragioni serie per rifiutare e la garanzia e il pagamento.

Ciò posto, la soluzione della difficoltà dipende dal decidere quale dei due principii che sono in conflitto debba avere la prevalenza. Noi crediamo che quantunque il rispetto dell'altrui volontà debba essere, normalmente, una legge dei rapporti giuridici, tuttavia se dalla violazione di tale volontà nasce un arricchimento ingiusto per chi espresse il proprio volere contrario alla creazione di un rapporto, debba prevalere il

(1) Consulta, fra altri autori, sull'*actio de in rem verso*: Mori, *Carattere dell'azione de in rem verso*, in *Ann. di giur. prat.*, 1893; Andreas von Tuhr, *Actio de in rem verso*, Freiburg und Leipzig, 1895; Chironi, *Dell'ammissibilità e del contenuto dell'actio de in rem verso*, in *Foro it.*, 1896, I, 82 e seg.

Digitized by Google

divieto dell'arricchimento ingiusto. Perocchè, in sostanza, mentre dalla violazione della volontà del debitore non deriva una ingiusta diminuzione nel patrimonio del garantito in quanto se il fideiussore paga, estingue un debito che altrimenti avrebbe dovuto essere estinto dallo stesso debitore, al contrario, dall'esclusione di qualsiasi azione per il fideiussore che ha pagato, nasce un ingiusto arricchimento a vantaggio del garantito; arricchimento che va rifuso.

Posto ciò, il determinare se sul fondamento di tale principio possa accordarsi al fideiussore una azione di gestione d'affari oppure un'*actio de in rem verso* dipende dal concetto che nella dottrina si ha dell'una e dell'altra azione, e dei rispettivi caratteri; concetto e caratteri sui quali gli specialisti non hanno ancor detto l'ultima parola.

645. — Crediamo poi che oltre all'azione fondata sull'indebito arricchimento, il fideiussore possa valersi del subingresso a termini dell'art. 1916 Cod. civ. it., per il quale « il fideiussore che ha pagato sottentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore » (1). Perocchè col subingresso il fideiussore fa valere non già un diritto proprio e originario, ma i diritti derivati dal creditore che egli paga e al quale è sostituito. Per la qual cosa non fa ostacolo a tale subingresso la mancanza di un precedente vincolo giuridico tra il fideiussore e il debitore, derivando il subingresso direttamente dal pagamento.

S'è obbiettato che, esclusa l'azione di regresso a norma dell'art. 1915, si ha per conseguenza che l'art. 1916, che a quell'articolo si riferisce, non può essere applicato al fideiussore il quale si è obbligato contro la volontà del debitore per modo che il fideiussore può essere surrogato soltanto fuori dei termini della fideiussione. Ossia esclusa la surrogazione legale dell'art. 1253 Cod. civ., il fideiussore può ottenere la surrogazione convenzionale dell'art. 1252 Cod. cit., per la quale il fideiussore, pagando, può ottenere dal creditore una surrogazione in tutti i suoi diritti contemporaneamente al pagamento (2).

(1) Vedi *ultra*. Confr. Mirabelli, *loc. cit.*
(2) Galdi, n. 116, p. 124-125.

Digitized by Google

Rispondiamo che il subingresso è un diritto ben distinto e diverso dal regresso, e quindi la inapplicabilità della disposizione relativa al regresso che nasce dal mandato o dalla gestione d'affari non implica la inapplicabilità della disposizione relativa al subingresso che nasce dal pagamento.

S'aggiunga che l'art. 1916, come l'art. 1253, n. 3, Cod. it. (Codice franc., art. 2029 e 1251, n. 3), non distingue il caso del fideiussore che ha garantito col consenso del debitore dal caso del fideiussore che ha garantito *invito debitore* (1). Per la qual cosa non è necessario che il fideiussore stipuli la surrogazione convenzionale, potendo egli valersi del subingresso legale.

646. — Anche in materia di garanzia cambiaria spetta all'avallante, che ha pagato, l'azione di rimborso. Questa è un'azione cambiaria per la specialità del rapporto cui accede, che è di natura cambiaria; epperò il suo carattere è determinato non dalla persona del garante, ma dalla persona contro cui è esercitata. Ne segue che la detta azione è *diretta* se è spiegata contro l'obbligato principale ossia contro l'accettante o l'emittente; e *di regresso* se diretta contro gli obbligati in via di regresso (2). E poichè l'avallante, per quanto concerne l'esercizio dell'azione in discorso, va considerato come un creditore autonomo, egli non può essere colpito dalle eccezioni che il debitore garantito avrebbe potuto opporre al possessore precedente (3).

C) — Condizioni necessarie per l'esercizio del regresso.

SOMMARIO: 647. Partizione. — 648. Senso della parola *pagamento*. — 649. Condono del debito fatto dal creditore al fideiussore. — 650. Validità del pagamento. — 651. Azioni verso persone diverse dal debitore. — 652-653. Eccezioni che il fideiussore deve opporre. — 654. Prova dell'eseguito pagamento. — 655. Avviso al debitore del fatto pagamento. — 656. Se l'obbligo di avvertire il debitore sussista anche quando il fideiussore ha denunciato al debitore il procedimento contro lui diretto. — 657-658. *Quid juris* se il debitore paga senza avvertire il fideiussore, il quale

(1) Conf.: GUILLOUARD, n. 188, p. 215; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1104, p. 534.

(2) VIVANTE, *Trattato di diritto comm.*, IV, parte 1ª, n. 1697, p. 135.

(3) ID., *loc. cit.*

Digitized by Google

paga anch'esso. — 659. Continuazione. — 660. La colpa del fideiussore. — 661. L'art. 1918, capov. del Cod. it. — 662. Continuazione. – 663. *Quid juris* se il fideiussore ha pagato dopo essere stato convenuto, ma senza aver avvisato il debitore. — 664. Continuazione. — 665. Il regresso in rapporto al concordato. — 666. La prescrizione dell'azione di regresso. — 667. La prescrizione del credito fideiussorio per gli interessi pagati dal fideiussore.

647. — Va premesso che l'azione di regresso spetta al fideiussore anche nel caso di fideiussione a titolo oneroso, quando cioè il fideiussore pattuisce una mercede o col creditore o col debitore. Questa mercede, essendo un compenso ad un servizio prestato, è infatti conciliabile col diritto al regresso, a quello stesso modo che, nel mandato, la mercede accordata al mandatario non toglie il regresso che a lui compete.

Ciò posto, le condizioni necessarie all'esercizio dell'azione di regresso sono: 1° che siavi stato un pagamento valido; 2° che questo pagamento sia stato debitamente fatto; 3° che il fideiussore provi l'avvenuto pagamento; 4° che il debitore principale, per colpa del fideiussore, non abbia pagato il debito già soddisfatto dallo stesso fideiussore.

648. — La prima condizione non ha bisogno di essere giustificata.

La legge accorda il regresso al fideiussore *che ha pagato* (Cod. it., art. 1915 cit.). Ma la parola *pagamento* è qui adoperata in senso largo, e comprende ogni mezzo per soddisfare l'obbligazione, il quale produca la liberazione del debitore principale per fatto del fideiussore. Così se il fideiussore ha estinto il debito mediante una compensazione opposta al creditore, egli ha il regresso avendo liberato il debitore. Altrettanto si dica per il caso in cui la liberazione del debitore fosse avvenuta mediante una novazione consentita dal creditore col fideiussore (1), ad esempio, se il creditore abbia accettato il fideiussore per debitore in luogo del debitore principale che egli libera.

649. — Può nascere qualche difficoltà nel caso in cui il creditore abbia condonato il debito al fideiussore essendo che

(1) Conf. diritto baltico (LEHR, *Eléments de droit civil r usse*, II, n. 1378, p. 453).

Digitized by Google

la legge parla di un *pagamento*, mentre qui non si verifica un adempimento propriamente detto per opera del fideiussore.

La dottrina fa le seguenti distinzioni:

1° se il creditore per fare una liberalità al fideiussore gli condona il debito, perchè il fideiussore possa poi agire contro il debitore, il fideiussore ha azione contro quest'ultimo (1). Perocchè il creditore ha voluto beneficare il solo fideiussore, e la sua liberalità rimarrebbe priva di effetto se il fideiussore non potesse avere dal debitore l'importo del debito, mentre il condono non è stato fatto a favore di quest'ultimo. In altri termini il fideiussore ha il regresso perchè la liberalità ottenuta dal creditore è un mezzo col quale il fideiussore ha *liberato* il debitore;

2° se il creditore ha condonato il debito al fideiussore semplicemente per liberarlo dal vincolo fideiussorio, ma riservandosi di agire egli stesso contro il debitore, il fideiussore non ha il regresso perchè il debitore non viene liberato, e non si ha il *pagamento* voluto dalla legge (2);

3° se poi il creditore ha condonato il debito al fideiussore in ricompensa di servigi prestati dal fideiussore al creditore, il fideiussore ha diritto di farsi rimborsare dal debitore, perchè il condono costa al fideiussore la ricompensa che avrebbe potuto ottenere per i servigi prestati. Onde il fideiussore ha veramente pagato il debito (3).

In conclusione il carattere e gli effetti del condono fatto a vantaggio del fideiussore dipendono dalle circostanze che sempre vanno prese in considerazione.

650. — Il pagamento deve poi essere valido e reale, ossia non simulato (4).

Supposto, ad esempio, che il fideiussore per estinguere

(1) L. 26, § 2, D. *mandati* — Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 12; Guillouard, n. 168, p. 192; e meno chiaramente: Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1091, p. 527. Confr. Troplong, n. 336, e diritto baltico (Lehr, *Elém. de droit civ. russe*, n. 1378, p. 453).

(2) Domat, *loc. cit.*; Troplong, n. 334; Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* Confr. Pothier, n. 432.

(3) L. 12, D. *mand.*; Pothier, *loc. cit.*

(4) Hering, cap. 25, n. 11; Pothier, n. 436; Guillouard, n. 181; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1090, p. 527.

Digitized by Google

l'obbligazione abbia ceduto al creditore una cosa di cui si provi che egli non è legittimo proprietario, il pagamento non è valido; la liberazione del debitore non ha luogo e conseguentemente non compete al fideiussore il regresso.

651. — S'intende poi che l'esercizio dell'azione di regresso contro il debitore, fondata sul pagamento eseguito in base alla fideiussione, non esclude l'esercizio di quelle altre azioni (ad esempio l'azione di gestione d'affari) che, con l'eseguito pagamento, possono spettare al fideiussore verso altre persone da lui non garantite, ma da lui avvantaggiate con l'estinzione del debito (1).

652. — In secondo luogo il pagamento dev'essere stato ben fatto (2), e ciò sotto pena di perdere il regresso.

Perciò il fideiussore non ha il regresso se è in colpa per aver trascurato di opporre al creditore quelle eccezioni inerenti al debito (3) e opponibili, per conseguenza, così dal fideiussore come dal debitore, con le quali sarebbe stato possibile di far dichiarare inefficace l'obbligazione principale. Tale è il caso in cui il fideiussore non abbia opposto le eccezioni dipendenti da vizio del consenso per dolo, violenza, errore.

Tale è ancora il caso della non opposta eccezione dipendente dalla evizione, di cui Pothier (4) dà un esempio: se qualcuno dopo essersi costituito fideiussore per il prezzo di un fondo da me comprato, e conoscendo che questo fondo mi fu evitto, paga nondimeno il prezzo al mio venditore, egli non avrà il regresso contro di me, perciocchè poteva dispensarsi dal pagare opponendo l'eccezione risultante dalla evizione da me sofferta. Il principio vale però soltanto quando

(1) Cassation, 10 août 1875 (*Dalloz*, 1877, I, 133) — Guillouard, n. 169, p. 192.

(2) Fabro, Cod., 8, 28, 10.

(3) Conf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1090, p. 527. Vedi il Codice generale del Montenegro, art. 469, così concepito: « S'il y avait des exceptions, fins de non recevoir ou moyens de défense à opposer au créancier en faveur du débiteur et qu'elle [la caution] ait négligé de les faire valoir, la caution ne peut plus réclamer au débiteur ce qu'elle a payé pour lui, dans la mesure où ces exceptions eussent diminué ou éteint la dette, à moins qu'elle ne les ait ignorées sans faute de sa part ». (trad. cit.).

(4) Pothier, n. 434.

Digitized by Google

il fideiussore sia in colpa; per conseguenza, se il fideiussore ignorava l'evizione ed ha pagato, io sarò obbligato a rimborsarlo, salvo il mio regresso contro il venditore, essendo che non può ascriversi a colpa del fideiussore il non avere opposto un'eccezione che ignorava esistesse (1).

653. — Un'altra eccezione che il fideiussore deve opporre sotto pena di perdere il regresso è la prescrizione, sempre che sappia averla il debitore acquistata. È bensì vero che può ripugnare alla coscienza onesta del fideiussore di opporre la estinzione di un debito che effettivamente non è stato soddisfatto. Ma il fideiussore per conciliare i diritti del debitore con le imposizioni della coscienza, può lasciarsi citare in giudizio e poi chiamare in causa il debitore, lasciando a questo la responsabilità morale di opporre, se vuole, la prescrizione (2).

Invece se l'eccezione che il fideiussore poteva opporre apparteneva a lui personalmente, ad es., se egli era minorenne o se pagò quantunque fosse trascorso il tempo per cui erasi vincolato a garantire, ha tuttavia il regresso, perocchè si è valso di un proprio diritto, ed anzichè nuocere al debitore gli giovò con l'eseguito pagamento « quanquam enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit, et debitorem liberavit » (3).

654. — In terzo luogo il fideiussore che vuole esercitare l'azione personale di regresso deve fornire la prova dell'eseguito pagamento; prova che può farsi coi mezzi ordinari, quali, ad es., una quietanza (4).

655. — La quarta condizione necessaria per l'esercizio del regresso è questa: che il fideiussore il quale paga il debito, avverta il debitore del fatto pagamento. Se il fideiussore che ha pagato non ha avvertito il debitore di tale pagamento, non ha il regresso contro lo stesso debitore che, ignorando ciò, ha

(1) Pothier, n. 434.

(2) Confr.: L. 48, D. *de mand.*; Fabro, Cod., VIII, 28, 10; Pothier, n. 435; Troplong, n. 339; Laurent, n. 238; Corsi, p. 166-167; Guillouard, n. 180, p. 207; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1090, p. 527. Confronta anche Cass. Napoli, 21 luglio 1866 (*Racc.*, V, p. 127).

(3) L. 29, § 6, D. *mandati*. Vedi: Pothier, n. 436; Troplong, n. 340; Corsi, p. 167; Guillouard, n. 180, p. 206-207; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1090, p. 527.

(4) Fabro, Cod., VIII, 28, 21; Troplong, n. 337.

Digitized by Google

pagato anch'esso, salva l'azione del fideiussore contro il creditore per la ripetizione (Cod. franc., art. 2031; Cod. it., articolo 1918). Conformemente disponevano i Codici abrogati: delle Due Sicilie (articolo 1903, § 1); parmense (art. 2060, § 1); sardo (art. 2068, § 1); estense (art. 2048, § 1); e così dispongono i Codici vigenti: neerlandese (art. 1879); portoghese (art. 842); spagnuolo (articolo 1842); baltico (1); della Luigiana (art. 3024); di Haiti (art. 1795); chileno (art. 2377, § 2); dell' Uruguay (art. 2097, § 3); messicano (art. 1867); columbiano (articolo 2402); argentino (articolo 2033).

È infatti giusto che il fideiussore, il quale ha trascurato di avvertire il debitore del fatto pagamento, sopporti le conseguenze della propria negligenza. Il debitore che soddisfa un'obbligazione già estinta, fa un pagamento indebito, e, a rigore, potrebbe avere la *condictio indebiti* verso il creditore per riavere il pagato. Ma la giustizia vuole che l'onere di agire contro il creditore per la ripetizione cada sul fideiussore, il quale diede causa all'indebito pagamento.

Non è peraltro necessario che l'avviso dell'eseguito pagamento sia dato dal fideiussore al debitore mediante una notificazione per atto d'usciere; perocchè la legge non esigendo ciò, può bastare anche un avviso verbale che il fideiussore può provare d'aver dato, coi mezzi ordinari di prova, non esclusa la prova testimoniale senza limiti di valore (2).

656. — Può accadere che il fideiussore paghi dopo essere stato convenuto in giudizio e aver denunciato al debitore il procedimento contro lui diretto. Il debitore in questo caso sa che il creditore ha iniziato un procedimento contro il fide-

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1369, p. 454.

(2) Quest'ultimo principio relativo alla prova testimoniale è sicuro per la legislazione italiana vigente, la quale dichiara non essere ammessa la prova per testi *di una convenzione* sopra un oggetto il cui valore eccede le 500 lire (Cod. it., art. 1341), a differenza del Cod. franc. che vieta tale prova *sopra qualunque cosa* la quale ecceda il valore di lire 150. Dal che risulta come l'avviso di un pagamento non possa essere compreso nella limitazione esposta; perocchè, pur ammettendo che il *pagamento* sia compreso nel detto divieto, non è lecito equiparare al *pagamento* l'*avviso dell'effettuato pagamento*. La prova testimoniale è quindi libera. Confr. Corsi, p. 173-174. In diritto francese il principio è invece controverso per la notata differenza del testo. Vedi Laurent, n. 239.

Digitized by Google

iussore; di qui nasce la questione se, per avere il regresso, il fideiussore sia tenuto ad avvertire il debitore anche dello eseguito pagamento.

Secondo una dottrina, quantunque la disposizione in esame non consenta distinzioni tra il caso in cui siavi stato il detto avvertimento e quello in cui esso non abbia avuto luogo, nondimeno nel caso in cui il fideiussore avesse denunciato le molestie al debitore senza avvertirlo poi del fatto pagamento, non si potrebbe più di pieno diritto considerare il fideiussore responsabile se il debitore pagasse dopo che il fideiussore ha già soddisfatto il debito. Vi sarebbe pure una imprudenza da rimproverare al debitore il quale, sapendo che v'è un procedimento, paga senza informarsi del risultato del medesimo; vi sarebbe dunque colpa dalle due parti: il giudice del fatto dovrebbe prendere questa colpa reciproca in considerazione per decidere su chi deve ricadere la responsabilità (1).

Un'altra dottrina giudica invece più razionale l'opinione, secondo la quale la denuncia delle molestie sofferte è sufficiente a rendere avvertito il debitore; perocchè la conoscenza che egli ha del giudizio a causa della sua morosità iniziato dal creditore contro il fideiussore, deve, per le regole della più comune prudenza, suggerirgli il rifiuto di pagare, sebbene di ciò richiesto, prima di aver sentito il fideiussore (2).

È certo che questo principio è più razionale, e noi lo accettiamo *de lege ferenda*.

Ma, *de jure condito*, si deve cercare non quale sia la massima che in astratto è più razionale; bensì quale sia la massima che interpreta più esattamente la legge. Ritenuto pertanto che l'art. 1918 Cod. it. (Cod. franc., art. 2031) non consente una distinzione tra il caso in cui siavi stato il detto avvertimento e quello in cui il medesimo sia stato dato; considerato che l'avviso al debitore del fatto pagamento è una condizione senza la quale il fideiussore decade dal regresso, non è lecito il ritenere che sia sufficiente l'avvertimento delle molestie sofferte, essendo chiaro che questo avviso non è quello voluto dalla legge; per la qual cosa non si può, senza violare la

(1) Laurent, n. 239.
(2) Corsi, p. 170.

Digitized by Google

legge stessa, equipararlo all'avviso del fatto pagamento. Mancato questo avvertimento, è vano parlare di colpa a carico del debitore, mentre la colpa è interamente del fideiussore che ha tralasciato di adempiere un obbligo. E se è vero che la prudenza avrebbe dovuto consigliare il debitore ad informarsi se già il fideiussore aveva pagato, è altresì vero che ciò non costituiva per lui un dovere nel senso legale.

657. — Può anche avvenire che il debitore paghi senza avvertire di ciò il fideiussore il quale, nell'ignoranza del pagamento, paghi esso pure.

La legge vigente non contempla questa ipotesi.

Invece la legislazione romana ha regolata la questione se in tal caso il fideiussore abbia il regresso, risolvendola affermativamente con Ulpiano « si, quum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum mandati habere actionem; ignoscendum est enim ei si non divinavit debitorem solvisse; debitor enim debuit notum facere fideiussori, iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et excutiat ei summam in quam fideiusset (L. 29, § 2, D. *mand.* 17, 1; vedi anche L. 8, § 7, D. *eod*).

Nel diritto francese antico si seguiva il medesimo principio (1).

Fra le legislazioni moderne il caso è espressamente deciso dai Codici chileno (art. 2376); dell' Uruguay (art. 2097); columbiano (art. 2041); e dal Codice baltico (2), nel senso che il debitore, il quale pagò senza avvertire il fideiussore, è responsabile di fronte a questo di quanto, ignorando l'estinzione del debito, il fideiussore abbia nuovamente pagato; ma il debitore (dispongono espressamente i tre citati Codici americani) ha azione verso il creditore per il pagamento indebito.

658. — Nel diritto vigente taluno opina che, nel silenzio della legge, è impossibile l'imporre al debitore l'obbligo della denuncia e addossargli il rischio dell' insolvibilità del creditore (3).

Noi crediamo che se il fideiussore ha interceduto su ri-

(1) Domat, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 7; Pothier, n. 438.
(2) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, n. 1378, p. 454.
(3) Pont, II, n. 255; Laurent, n. 240.

Digitized by Google

chiesta del debitore, o a sua saputa, e senza che il debitore siasi opposto a tale intercessione, il fideiussore che ha pagato e non è in colpa, deve avere il regresso contro il debitore che non lo ha avvertito del già avvenuto pagamento.

Al silenzio della legge, che non contempla espressamente il nostro caso, si supplisce con l'analogia desunta dallo stesso art. 1918 Cod. it. (Cod. franc., art. 2031), ora illustrato. Perocchè se la legge obbliga il fideiussore che ha pagato ed ha così reso un servigio, ad avvertire di ciò il debitore, sotto pena di perdere il regresso, a più forte ragione si deve ritenere che lo stesso obbligo incomba al debitore verso il fideiussore che gli ha reso quel servigio. Come è in colpa il fideiussore se non dà l'avvertimento in discorso, così è in colpa il debitore se non avvisa il fideiussore dell'eseguito pagamento. Il rischio dell'insolvibilità del creditore non deve dunque cadere sul fideiussore che non sia in colpa, ma sul debitore che non può, con la colpa sua, far migliore la propria condizione. Al fideiussore spetta pertanto, di regola, il regresso contro il debitore, e questi può sperimentare, a suo rischio, l'azione per la restituzione verso il creditore (1).

Il debitore che allega d'aver dato l'avviso deve darne la prova coi mezzi ordinari, compresa la prova testimoniale senza limiti di valore (2).

659. — La colpa del debitore per il mancato avvertimento sta a suo carico non solo nel caso in cui il fideiussore ha pagato dopo essere stato convenuto in giudizio, ma anche se il fideiussore ha pagato, senza essere convenuto, il debito già soddisfatto dal debitore (3). Perocchè la circostanza che il fideiussore abbia pagato, senza essere convenuto, un debito scaduto, non toglie menomamente la colpa del debitore che non diede l'avviso. D'altra parte non v'è ragione di applicare per analogia il capoverso del citato art. 1918 Cod. it. (Codice

(1) Troplong, n. 382; Aubry et Rau, IV, § 427, testo e nota 16; Guillouard, n. 178, p. 204-205; Corsi, p. 171-172; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1089, p. 526.

(2) Vedi *retro*, n. 655 e nota ivi. Conf. Corsi, p. 172-174.

(3) Guillouard, n. 178, p. 205. Contro Cour de Lyon, 14 mai 1857 (*Dallox*, 1858, II, 83). Questa sentenza nega il regresso al fideiussore che ha pagato senza essere convenuto.

Digitized by Google

francese, art. 2031), che ora esamineremo, essendo che ivi si nega il regresso al fideiussore che ha pagato senza essere convenuto e senza avere avvertito il debitore, se questi avrebbe avuto mezzi di far dichiarare estinto il debito, al tempo del pagamento. Per la qual cosa, in questa ipotesi contemplata dalla legge, il solo fideiussore è in colpa, nulla potendosi rimproverare al debitore; onde si spiega il rigore della legge. Invece nell'ipotesi da noi fatta la vera colpa è del solo debitore il cui mancato avvertimento dà luogo all'indebito pagamento, nulla influendo il fatto che il fideiussore abbia pagato senza essere convenuto, poichè egli, ignorando il pagamento fatto dal debitore, giustamente ha creduto di poter soddisfare una obbligazione scaduta e che era a suo carico. Onde si giustifica un minor rigore a suo riguardo. Non v'è pertanto il fondamento per una analogia tra le due ipotesi.

660. — S'è già detto che il fideiussore non avvertito dal debitore del fatto pagamento, ha il regresso contro lui purchè non sia egli stesso in colpa.

Può infatti accadere che il fideiussore sia caduto nella colpa nell'eseguire il pagamento, come nel caso in cui fosse stato avvertito che il debitore doveva pagare il debito, ed egli senza necessità abbia pagato lui stesso, trascurando di accertarsi se l'obbligazione era o non era già stata soddisfatta dal detto debitore. In tali circostanze la colpa è del fideiussore, e su lui devono cadere le conseguenze della sua negligenza. Il determinare se il fideiussore sia o non sia in colpa dipende dall'apprezzamento delle circostanze (1).

661. — Precedentemente si è esaminato il caso in cui il debitore principale ha pagato dopo che già il fideiussore aveva eseguito il pagamento senza avvertirnelo.

Studiamo ora l'ipotesi in cui il fideiussore paga un debito che il debitore avrebbe potuto far dichiarare estinto, ove fosse stato avvertito.

Per la legislazione italiana (art. 1918 capov.), come per la francese (art. 2031 capov.), « se il fideiussore ha pagato senza essere convenuto e senza avere avvertito il debitore

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 7; Guillouard, n. 178, p. 205.

Digitized by Google

principale, non ha alcun regresso contro di questo, nel caso in cui, al tempo del pagamento, il debitore avesse avuto mezzi di far dichiarare estinto il debito, salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione » (1). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie (art. 1903, § 2); parmense (art. 2060, § 2); sardo (art. 2068, § 2); estense (art. 2048, § 2); Codici vigenti: neerlandese (art. 1879); della Luigiana (art. 3024); di Haiti (art. 1795); dell'Uruguay. (art. 2097, § 2). Confronta: Codice chileno (art. 2377, § 1); portoghese (art. 841, § 1); messicano (art. 1866); columbiano (art. 2402); spagnuolo (art. 1840); argentino (art. 2035) (2).

Per il diritto baltico il fideiussore non ha azione per il rimborso se paga senza far valere contro il debito le obbiezioni e le eccezioni di cui egli ha conoscenza, o se provoca, per propria colpa, una sentenza di condanna, o trascura di impugnare per le vie giudiziali una sentenza impugnabile. Non perde invece la detta azione se si limita a non valersi delle eccezioni che spettano a lui personalmente (3).

Il debito pagato dal fideiussore può infatti essere estinto, ad esempio per effetto della compensazione; il fideiussore ha pagato senza essere convenuto e senza informarsi prima se il debitore avesse qualche mezzo per far dichiarare estinta l'obbligazione. Il fideiussore non può quindi godere del regresso, dovendo imputare sè medesimo se ha fatto un pagamento indebito. Gli resta soltanto la *condictio indebiti* verso il creditore.

662. — Dal tenore della riferita disposizione legislativa chiaramente risulta che il regresso è negato soltanto al fideiussore che ha pagato senza essere convenuto in giudizio e

(1) Per quanto riguarda l'avallo, l'applicabilità dell'art. 1918 Cod. civ. it., è negata da VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, parte 1ª (Torino, 1901), n. 1688, p. 130, nota 12, sul fondamento dell'autonomia dell'obbligazione assunta dall'avallante, che esclude la possibilità per costui di opporre al possessore le eccezioni dell'avallato.

(2) Però, a termini dell'art. 2036 dello stesso Cod. argentino, il fideiussore può ripetere il pagato contro il debitore, quantunque abbia pagato senza essere convenuto e senza avvertire il debitore, se dal pagamento non sia seguito al debitore alcun danno.

(3) LEHR, *Élém. de droit civ. russe*, II, n. 1378, p. 454.

Digitized by Google

senza avere avvertito il debitore principale; ossia è accordato il regresso al fideiussore che ha pagato dopo essere stato convenuto e dopo avere avvertito il detto debitore. È ben vero che l'avvertimento può essere praticamente inefficace per il debitore, se questi non ha il tempo per intervenire utilmente avanti che il fideiussore paghi; ciò che il fideiussore può far subito dopo aver dato l'avviso, senza dar modo al debitore di arrestare il pagamento stesso. Epperò sarebbe più logico, *de lege ferenda*, obbligare il fideiussore a non pagare se non trascorso un congruo tempo, strettamente bastevole al debitore per intervenire a far dichiarare estinto il debito (1). Ma non è questo il criterio adottato dal legislatore, il quale accolse un principio giustificabile soltanto in tempi nei quali i mezzi di comunicazione non essendo nè rapidi nè facili come oggidì bisognava evitare al fideiussore una forzata inazione apportatrice di procedimenti giudiziali o di esecuzione.

663. — Sul principio su esposto non è possibile alcun dubbio. Può invece nascere una questione allorchè il fideiussore ha pagato bensì dopo essere stato convenuto in giudizio, ma senza aver avvisato il debitore.

Taluni comentatori del Codice francese hanno opinato che la necessità dell'avvertimento è assoluta, di modo che il fideiussore che lo omette deve perdere il regresso anche se paga dopo essere stato convenuto (2).

Questa opinione è errata, essendo che dal testo riferito risulta che la perdita del regresso è subordinata a due condizioni: la mancanza dell'avviso e la mancanza di un procedimento; per la qual cosa la circostanza che il fideiussore ha pagato, senza essere in colpa, dopo essere stato convenuto, è sufficiente per l'esercizio del regresso (3).

Non regge poi l'analogia che si vorrebbe trarre dall'articolo 1640 Cod. franc. (Cod. it., art. 1497), relativo alla vendita, dove è disposto che la garanzia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sen-

(1) Così giustamente propone, *de lege ferenda*, il Galdi, n. 145, p. 147-148.

(2) Delvincourt, III, p. 145; Duranton, XVIII, n. 357; Zachariae, III, p. 163 e nota 7.

(3) Troplong, n. 384-386. Confr. Ricci, n. 361.

Digitized by Google

tenza passata in giudicato senza chiamare in giudizio il venditore, se questi prova che v'erano motivi sufficienti per far respingere la domanda. L'analogia non sussiste in quanto, mentre il compratore perde la garanzia per l'evizione a condizione che siasi lasciato *condannare* e *con sentenza passata in giudicato*, il fideiussore, secondo l'opinione avversaria, perderebbe il regresso a condizione che *abbia pagato* indipendentemente da una condanna. E poi non si vede dove esista analogia tra un pagamento dovuto in forza di sentenza resa in materia di evizione della cosa comprata, e un pagamento eseguito per adempiere una obbligazione fideiussoria. Del resto, per la legislazione vigente, è logico che il compratore nel caso accennato perda la garanzia per l'evizione e che invece il fideiussore, quando non sia in colpa, non perda il regresso; perocchè il compratore citato in giudizio ha tempo per chiamare in causa il venditore; mentre il fideiussore che citato, paga, può essere incalzato dalla necessità di soddisfare subito l'obbligazione; per la qual cosa (data la vigente legge fondata su presupposti antiquati dai quali tuttavia non si può astrarre), può fargli difetto il tempo per avvertire prima il debitore.

664. — Il principio anzidetto presuppone che il fideiussore nel pagare non sia caduto in colpa. Se il fideiussore è in colpa, come, ad es., nel caso in cui abbia inconsideratamente pagato il debito appena fu citato, quantunque vi fossero serie ragioni di dubitare che fosse già estinto; e se avrebbe evitato l'indebito pagamento qualora non fosse stato in colpa, egli deve sopportare le conseguenze della propria trascuranza (1).

665. — L'esposizione delle condizioni richieste per l'esercizio del regresso va completata col cenno della questione controversa di diritto commerciale, se spetti il regresso al fideiussore che ha pagato ai creditori del fallito concordatario, l'eccedenza del debito non rimessa dal concordato.

Va premesso che se il fideiussore paga per il debitore la percentuale stabilita nel concordato, egli ha per tale somma il regresso verso il debitore, perocchè nessuna disposizione della legge commerciale si oppone a tale suo diritto; e, se

(1) Confr.: Ricci, n. 361; Galdi, n. 144, p. 146.

Digitized by Google

fosse altrimenti, il debitore sarebbe favorito dal concordato non solo in quanto il suo debito verrebbe ridotto ad una percentuale, ma anche in quanto egli potrebbe far pagare da un terzo un debito che è tutto suo.

Ma se il fideiussore paga soltanto l'eccedenza ai creditori, a termini dell'art. 729 Cod. comm. it., per il quale i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i fideiussori del fallito, ancorchè questi abbia ottenuto un concorcordato, ed essi vi abbiano volontariamente consentito, nasce la questione, sopra accennata, se l'avvenuto concordato tolga al fideiussore il regresso per tale eccedenza.

Trattandosi di una controversia che riguarda la materia speciale del fallimento e oltrepassa i confini di un trattato sulla fideiussione, ci limitiamo a esporre lo stato della dottrina e della giurisprudenza.

Per sostenere che il fideiussore, il quale ha pagato la quota eccedente la percentuale del concordato, ha il regresso contro il fallito, fu osservato che si tratta di legge commerciale, la quale è di diritto singolare e privilegiato e va quindi applicata con tutto il rigore; e non trovandosi in essa un'apposita disposizione, la quale tolga al fideiussore il diritto di regresso che è innato e necessario per la natura stessa della fideiussione, è certo che il diritto medesimo deve essere riconosciuto per la regola generale non espressamente abrogata. Sarebbe ingiusto che il privilegio della legge commerciale si estendesse per il debitore principale fino al punto di far pagare da altri il proprio debito senza possibilità di regresso in chi paga (1).

(1) Corte d'app. Milano, 15 giugno 1897 (*Foro it.*, 1897, col. 1177). Confr.: Vidari, *Corso di diritto comm.*, IX, n. 8785; Corsi, p. 481-484. Il primo scrittore afferma che il fideiussore non può rivolgersi contro il fallito per la intiera somma pagata a favor suo, ma soltanto per la parte non rimessa dal concordato; perocchè il fideiussore deve pur subire le conseguenze del fallimento come le subiscono gli altri creditori, essendo che, in sostanza, anche il garante è un creditore del fallito. Il secondo scrittore osserva che, essendo il regresso distinto dal subingresso, e il fideiussore che si vale del regresso, esercitando un diritto proprio, egli può con questo mezzo ripetere dal debitore quanto, in forza dell'art. 792 Cod. comm., dovette pagare al creditore per la integrale estinzione del debito. Vedi però quanto soggiunge lo stesso Corsi,

Digitized by Google

Per sostenere che il fideiussore non ha la detta azione di regresso, fu affermato, tra l'altro, che se il fallito concordatario dopo aver pagata la percentuale ai creditori fosse obbligato a rimborsare ai fideiussori quanto questi avessero pagato a saldo dei crediti, da un'unica azione creditoria sorgerebbero due crediti distinti, l'uno per il pagamento della percentuale, l'altro per il pagamento della quota che sarebbe stata rimessa. Il che contraddirebbe alla natura del concordato e lo renderebbe illusorio e disastroso se tutti i creditori ammessi al passivo avessero dei fideiussori, perchè il fallito, non ostante il concordato, dovrebbe pagare integralmente ogni passività.

Nè si può attribuire al fideiussore il diritto di esigere dal fallito la percentuale sulla somma da lui pagata al creditore; il fallito concordatario ha già pagato la percentuale per il credito intero, sul quale pertanto non può essere tenuto a sborsare una somma che superi la percentuale fissata (1).

Comunque è certo che se il fideiussore col consenso del debitore contrae una nuova obbligazione per facilitare il concordato, e diretta a pagare l'eccedenza, egli ha per questa eccedenza un regresso verso il fallito (2).

a p. 483-484, per il caso in cui senza ricorrere ad un formale concordato, avvenga per volontario accordo dei creditori, la ripartizione fra i medesimi della sostanza mobiliare e immobiliare del fallito ed in conseguenza rimanga chiusa la procedura del fallimento.

(1) Corte d'app. Brescia, 5 giugno 1899 (*Foro it.*, 1899, col. 935). Nello stesso senso: Cass. Torino, 7 marzo 1898 (*Foro it.*, 1898, col. 326); Cass. Napoli, 16 maggio 1890 (*Foro it.*, 1890, col. 869). Si avverta però che questa ultima sentenza argomenta erroneamente dalla surrogazione legale dell'articolo 1252, n. 3, Cod. civ. it., al regresso, affermando che questo non è che l'attuazione di tale surroga. Per la dottrina confronta: Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, II, n. 2915; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1084, p. 524-525; Cuzzeri, *Il Cod. di comm. it. commentato*, VII, n. 937; Rezzara, *Il Concordato nella Storia, nella Dottrina, nella Giurisprudenza*, n. 207, p. 366, Torino, 1902. Confr. Cass. civ. franc., 22 mars 1844 (*Dalloz, Rép.*, v.° *Faillite*, n. 834 e 1009).

(2) In questo senso: Cass. civ. franc., 27 janvier 1886, citata da Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1084, p, 524-525.

Per la questione se si possa pattuire nel concordato la liberazione dei fideiussori del fallito (questione estranea alla presente opera) vedi Galdi, *op. cit.*, p. 194, che cita una sentenza della Corte d'app. di Palermo, 10 agosto 1885 (*Cons. comm.*, 1886, 55) la quale decise la controversia negativamente.

Digitized by Google

666. — Da ultimo si avverta che la prescrizione della azione di regresso si compie in trent'anni per la fideiussione civile (Cod. it., art. 2135) non essendo stabilita una prescrizione speciale; e si compie, di regola, in dieci anni se la fideiussione è commerciale, tale essendo la prescrizione ordinaria in materia commerciale (Codice commerciale italiano, art. 917).

Ma, in materia d'avallo, per la natura del rapporto cui tale garanzia accede (rapporto cambiario), l'azione dell'avallante per il rimborso si prescrive invece in cinque anni che decorrono dal giorno della scadenza della cambiale (1).

Se l'avallante perde l'azione cambiaria per la scadenza del termine, può valersi contro l'avallato dell'azione che spetta al garante per diritto comune, prescrittibile in dieci o in trent'anni secondo la natura commerciale o civile della garanzia; perocchè, scomparsa la forma cambiaria, risorge il rapporto fondamentale di mandato, o di utile gestione o di conto corrente che servì di base alla garanzia e al pagamento; e tale rapporto governa allora le relazioni fra le parti (2).

667. — Va notato che anche il credito del fideiussore per gli interessi da lui pagati non si prescrive in cinque anni (come stabilisce l'art. 2144 Cod. it. (Cod. franc., art. 2277) per ogni credito di interessi), ma bensì in trent'anni, perocchè, di fronte al debitore, gli interessi pagati dal fideiussore for-

(1) Vivante, *Trattato di diritto comm.*, IV, parte 1ª, n. 1699, p. 135-136, il quale osserva che, per conseguenza, il tempo che resta all'avallante per ripetere il rimborso si restringerà quanto più tarda il possessore ad escuterlo. « Se il termine dei cinque anni dovesse decorrere per ogni obbligato cambiario dal giorno del suo pagamento, il termine fissato dalla legge per la liberazione del debitore cambiario potrebbe prorogarsi all'infinito: basta questa conseguenza per condannare la pretesa di chi volesse far decorrere il quinquennio dal giorno del pagamento fatto dall'avallante (Cass. Torino, 7 febbraio 1896, *Foro it.*, 681). Se il possessore tarda siffattamente che l'avallante non possa più esercitare utilmente l'azione cambiaria contro l'avallato, l'avallante è liberato ».

(2) Vivante, *op. cit.*, IV, parte 1ª, n. 1700, p. 136-137 – Cass. Napoli, 31 agosto 1894 (*Foro it.*, 1895, *Rép.*, v.e *Effetto cambiario*, 153); Appello Aquila, 17 febbraio 1894 (*Foro it.*, 1894). Contro: Cass. Torino, 7 febbraio 1896 (*Foro it.*, 1896, 681).

Digitized by Google

mano un sol tutto col capitale pagato dallo stesso fideiussore (1).

Per la stessa ragione non corre la prescrizione quinquennale, bensì la trentennale, contro il fideiussore per gli interessi delle somme da lui pagate per il debitore, delle quali egli chiede il rimborso.

Fu sostenuto il contrario, per il diritto italiano, in base al principio che le parole dell'art. 2144 Cod. it., relativo alla prescrizione quinquennale, essendo generiche, sono applicabili a tutto ciò che rappresenta interessi (2). Ma si è dimenticato che, per l'art. 1915, il credito del fideiussore per gli interessi delle dette somme, non è, di fronte al debitore, un vero credito di interessi distinto dal credito per il capitale, essendo che, nei rapporti tra fideiussore e debitore, gli interessi si confondono col capitale.

D) — Contenuto del regresso.

Sommario: 668. Principio direttivo. — 669. Il rimborso del capitale. — 670. Il rimborso degli interessi. — 671. Il giorno da cui decorrono gli interessi per le anticipazioni di capitale fatte dal fideiussore, se il credito era per convenzione fruttifero. — 672. Il giorno da cui decorrono gli interessi se il credito era per convenzione infruttifero. — 673-674. Il rimborso delle spese. — 675. Il regresso per i danni. — 676. *Quid juris* se il fideiussore ha garantito nell'interesse del creditore, oppure nell'interesse del debitore e nell'interesse proprio.

668. — Esaminando ora il contenuto dell'azione di regresso, va notato che il fideiussore ha il regresso tanto per il capitale, quanto per gli interessi e le spese (Cod. it., articolo 1915 capov. 1°; franc., art. 2028 capov. 1°), sia che agisca come mandatario, sia che agisca come gestore d'affari, salva la differenza notata circa le spese; perocchè e nell'uno e nell'altro caso è giusto che egli non debba risentire un danno.

(1) Caen, 7 août 1840 (*Sirey*, 1840, II, 528); Ponsot, n. 245; Troplong, n. 354; Pont, II, n. 260; Guillouard, n. 173, p. 199; Galdi, n. 131, p. 132; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1080*bis*, p. 523. Confr.: Pugliese, *Trattato della prescrizione estintiva*, Torino, 1892, n. 185, p. 298.

(2) Cass. Torino, 9 agosto 1887 (*Giur. tor.*, 1887, 507).

Digitized by Google

Anche l'avallante che ha pagato può farsi rimborsare dall'avallato e dagli obbligati anteriori non solo la somma pagata, ma altresì gli interessi dal giorno del pagamento e le spese legittimamente sostenute, giustificati dal conto di ritorno. E ciò senza esclusione del subingresso spettantegli in forza dell'art. 276 Cod. comm. (1).

669. — Riguardo al capitale, il fideiussore ha diritto di farsi rimborsare non più di quanto era effettivamente dovuto al creditore, perchè il fideiussore, sia come mandatario, sia come gestore d'affari, non deve nuocere al debitore, e non più di quanto il fideiussore ha sborsato effettivamente, perchè l'azione di regresso tende a indennizzare il fideiussore e non ad attuare una speculazione, a danno del debitore. Perciò, se il fideiussore ha pagato più di quanto spettava al creditore, non ha diritto di ripetere l'eccedenza del debito (2). Se poi il fideiussore, col consenso del creditore, ha pagato una somma inferiore a quella dovuta, ed ha ottenuto una quietanza definitiva, non può esigere dal debitore l'intera somma del debito reale, ma soltanto può farsi rimborsare il valore effettivamente pagato. Così, supposto che il fideiussore abbia pagato in carta moneta, non può pretendere il rimborso in oro o argento (3).

Principio conforme a quello esplicitamente dichiarato dal Codice portoghese (art. 839) e dal Codice spagnuolo (art. 1839), per i quali « se il fideiussore ha fatto una transazione col creditore, non può domandare al debitore se non quanto ha realmente pagato.

670. — Poichè il fideiussore non deve restare perdente, egli ha il regresso non soltanto per il capitale, ma anche per gli interessi del debito da lui pagati per il debitore (Cod. it., art. 1915 cit. e Codici citati ad esso conformi), interessi che, nei rapporti col debitore, si confondono col capitale (4).

Ma oltre a ciò il fideiussore ha regresso per gli interessi

(1) Vivante, *Trattato di dir. comm.*, IV, parte 1ª, n. 1698, p. 135.

(2) Chabot, *Rapport au Tribunat* (*Fenet*, XV, p. 56); Guillouard, n. 170; p. 193; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1083, p. 524.

(3) Guillouard, n. 170, p. 194; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(4) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1080, p. 523.

Digitized by Google

delle somme da lui pagate, ossia anticipate per il debitore, ancorchè il debito non producesse interessi a profitto del creditore: Cod. it., art. 1915, § 3. Conformi gli abrogati Codici: sardo, art. 2065, § 3; estense, art. 2045, § 3; Codici vigenti: portoghese, art. 838, n. 2; spagnuolo, art. 1838, n. 2; argentino, art. 2030.

Tali interessi corrono di pieno diritto.

Con la detta disposizione, che il legislatore italiano ha preso dal Codice sardo e dall'estense, furono sciolti i dubbi che, in diritto francese qualche scrittore potè sollevare fondandosi sulla incompleta dicitura dell'art. 2028 Codice francese, dove è soltanto dichiarato che il regresso ha luogo *tanto per il capitale che per gli interessi* (1); dicitura ripetuta in altri Codici di tipo francese, quale l'abrogato Codice parmense, art. 2057 cit.

671. — Le anticipazioni di capitale fatte dal fideiussore per il debitore, se il credito era per convenzione fruttifero, producono interessi a partire dal giorno in cui il fideiussore ha fatto il pagamento (2).

Pothier (3) ha bensì affermato che questi interessi sono dovuti al fideiussore dal giorno della sua domanda. Ma questa opinione è inaccettabile, almeno nel diritto vigente. Perocchè il fideiussore o agisce in qualità di mandatario, o come gestore d'affari. Se agisce nella prima qualità, egli, per l'articolo 1755 Cod. it. relativo al mandatario (Codice francese, art. 2001), ha diritto agli interessi delle somme da lui anticipate « dal giorno del provato pagamento delle medesime ». Se agisce come gestore d'affari, ha, per l'art. 1144 Cod. it., diritto agli interessi per le spese necessarie e utili « dal giorno

(1) Larombière, *Des obligations*, I, art. 1153, n. 37, sostiene per l'appunto che il fideiussore non ha diritto agli interessi delle sue anticipazioni correnti di pieno diritto, salvo il caso in cui vi sia un vero mandato fatto dal debitore al fideiussore. Contro, ossia nel nostro senso: Duranton, n. 352; Ponsot, n. 240; Troplong, n. 346; Aubry et Rau, IV, testo e nota 12; Pont, II, n. 237; Laurent, n. 233; Guillouard, n. 171-173, p. 194-199. — Cass. franc., 21 juin 1825 (*Sirey*, C. N. VIII, I, 139).

(2) Conforme Codice giapponese, art. 459 e 442, § 2. Confr. Cod. argentino, art. 2030.

(3) Pothier, n. 441.

Digitized by Google

in cui furono fatte ». Per il Codice francese fu mossa qualche difficoltà all'ammettere questo secondo principio, essendo che il corrispondente art. 1375 tace circa gli interessi delle somme pagate dal gestore a vantaggio dell'interessato; ma prevale l'opinione sopra esposta (1).

Concludendo: il fideiussore, sia che agisca come mandatario, sia che agisca come gerente d'affari, può esigere gli interessi delle somme da lui anticipate dal giorno del pagamento, se il credito era per convenzione fruttifero, ancorchè non abbia presentato una domanda giudiziale. Questi interessi decorrono di pieno diritto sia per le somme sborsate per pagare al creditore il capitale, sia per le somme sborsate per pagare gli interessi dovuti al creditore stesso, essendo che, nei rapporti tra fideiussore e debitore, nell'uno e nell'altro caso la natura del pagamento è la medesima, compenetrandosi i detti interessi nel capitale.

Ma riguardo alla decorrenza degli interessi dovuti al fideiussore per le anticipazioni da lui fatte, occorre, per il diritto italiano vigente, distinguere il caso in cui il credito sia per convenzione fruttifero da quello in cui esso è per convenzione infruttifero.

Se il credito è per convenzione fruttifero, gli interessi, di cui parliamo, sono dovuti al fideiussore dal giorno del pagamento secondo la regola sopra enunciata.

672. — Se il credito è per convenzione infruttifero, tale regola ha un'eccezione, essendo disposto che gli interessi, i quali « non sarebbero dovuti al creditore, non decorrono a favore del fideiussore che dal giorno in cui avrà notificato il pagamento ». Così dichiara l'ultimo capoverso del citato art. 1915 del Codice italiano, il quale ha preso questa norma dai citati Codici: sardo, art. 2065, ultimo capoverso, ed estense, art. 2045, § 4 (2); e ciò a differenza del corrispon-

(1) Anche in diritto francese si sostiene infatti che il gestore d'affari può esigere gli interessi di pieno diritto per le somme sborsate, e che l'art. 2001, Codice francese, deve essere esteso al detto gestore. Vedi in questo senso: Guillouard, *Traité du mandat*, n. 162; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1080, p. 522-523, con gli autori e le sentenze citati da questi due ultimi in nota 5 a p. 522.

(2) Il Codice portoghese, art. 838, n. 2, dichiara che gli interessi della somma pagata sono dovuti *a datare dal pagamento*; ma per il § unico del

Digitized by Google

dente art. 2028 del Codice francese che tace su tale punto. E la ragione del principio consiste in questo che allorquando il credito è per convenzione infruttifero ed il fideiussore ha pagato, il debitore è obbligato a soddisfarlo degli interessi, mentre se ciò non fosse, egli per il contratto non sarebbe tenuto a pagare interessi di sorta. Perciò il legislatore vuole che il fatto dell'eseguito pagamento sia notificato al debitore, affinchè questi possa evitare la decorrenza degli intèressi rimborsando immediatamente il fideiussore. Queste ragioni non valgono invece quando il credito è per convenzione fruttifero, perchè allora il pagamento eseguito dal fideiussore non può aggravare la condizione del debitore (1).

673. — Sempre per il principio che il fideiussore non deve ricevere danno dalla prestata garanzia, egli ha regresso anche per le spese da lui sostenute.

Queste spese possono essere di due specie, perchè il fideiussore può aver pagato al creditore le spese fatte da questo ultimo per agire contro lui, oppure le spese dal medesimo creditore sostenute per agire contro il debitore principale. Delle une e delle altre il fideiussore deve essere rimborsato.

È quanto effettivamente dispone la legge, sebbene con una dizione imperfetta (2). Il regresso ha luogo, per il diritto vigente, anche per « le spese »; ma il fideiussore « non ha regresso che per le spese da esso fatte dopo che ha denunziato al debitore principale le molestie sofferte » (Cod. it., art. 1915 capov. 1°; Cod. franc., art. 2028 capov. 1°). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1900, § 2;

medesimo articolo, se la fideiussione è stata prestata senza il consenso del debitore, gli interessi saranno computati soltanto a datare dal giorno in cui il fideiussore avrà dato notizia del pagamento al debitore. Anche per il Codice del Venezuela (riassunto citato), se si tratta d'interessi d'una somma di denaro, essi corrono soltanto dal giorno in cui il pagamento fu notificato.

Il Codice spagnuolo, art. 1838, n. 2, dichiara dovuti gli interessi *dal giorno in cui il pagamento è stato conosciuto dal debitore*. Confr. Codice dell'Uruguay, art. 2092, n. 2.

(1) Ricci, *op. cit.*, n. 354.

(2) Duranton, n. 350; Troplong, n. 350; Aubry et Rau, IV, testo e nota 10; Pont, II, n. 239-240; Laurent, n. 234; Guillouard, n. 174, p. 200; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1081, p. 523.

Digitized by Google

parmense, art. 2057; sardo, art. 2065; estense, art. 2045; Codici vigenti: neerlandese, art. 1876; spagnuolo, art. 1838, n. 3; della Luigiana, art. 3021; di Haiti, articolo 1792; chileno, art. 2370, § 3; dell'Uruguay, art. 2092, n. 3; columbiano, art. 2395 (1).

674. — Il senso letterale di queste espressioni potrebbe far credere erroneamente che il legislatore accordi il regresso al fideiussore soltanto per le spese da lui sostenute allo scopo di rimborsare al creditore la somma pagata per agire contro lui. Ma non è dubbio che anche le spese della seconda specie sono comprese nel regresso, poichè la legge comincia col dichiarare in termini generali, che il regresso ha luogo tanto per il capitale, quanto per gli interessi e *le spese* (art. cit.) e il Codice italiano, nel citato capoverso dello stesso articolo, prescrive, pure in termini generali, che il regresso ha luogo per gli interessi *di tutto ciò che il fideiussore ha pagato pel debitore*.

Pertanto il senso della riferita disposizione è questo: trattandosi delle spese sostenute dal creditore per agire contro il fideiussore e da questo pagate, il regresso ha luogo soltanto per quelle spese che il fideiussore ha sostenuto dopo aver denunciato al debitore principale le molestie sofferte. Disposizione vantaggiosa al debitore principale che ha interesse di venire subito avvertito dal fideiussore del procedimento iniziato contro il medesimo dal creditore; e ciò a fine di evitare maggiori spese perchè il debitore può soddisfare subito il debito; mentre, senza la denuncia, dovrebbe poi rispondere di tali spese verso il fideiussore.

675. — Da ultimo il fideiussore, non dovendo rimanere in perdita, ha il regresso per i danni che può aver sofferto, ossia, come dice la legge, « quando sia il caso » (Cod. ital., art. 1915 capov. 2°; Cod. franc., art. 2028 capov. 2°). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1900, § 3; parmense, art. 2057, § 3; sardo, art. 2065, § 4; estense, art. 2045, § 5; Codici vigenti: neerlandese, art. 1876; portoghese, art. 838, n. 3; spagnuolo, art. 1838, n. 4; del

(1) Confronta Codice giapponese, art. 459 e 442, § 2, il quale accorda il regresso per le spese che non si potè evitare.

Digitized by Google

Montenegro, art. 468; della Luigiana, art. 3021; di Haiti, art. 1792; chileno, art. 2370, § 2; dell'Uruguay, art. 2092, n. 4; columbiano, art. 2395; argentino, art. 2030; giapponese, art. 459 e 442, § 2.

Infatti il fideiussore che ha dovuto pagare in luogo del debitore principale, può aver sofferto dei danni, come nel caso in cui non disponendo della somma necessaria, abbia dovuto procurarsela ad un interesse elevato, o abbia dovuto fare una vendita di beni suoi a condizioni cattive. Di questi danni che egli soffre per causa della prestata garanzia, e non già degli interessi moratori, il fideiussore ha diritto di esser rifatto.

Non degli interessi moratori, abbiamo detto, perchè è bensì vero che, in mancanza di patto speciale, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli *interessi legali* (Cod. it., art. 1231; franc., art. 1153); ma la stessa legge fa eccezione (oltre che per le materie commerciali e per la società), per la fideiussione (Cod. cit., art. cit.).

Il che significa che il fideiussore ha il regresso per i danni da lui sofferti e provati, anche al di là del tasso dell'interesse legale, se è il caso, ossia se la prima indennità a lui assegnata sotto forma d'interessi non è sufficiente per indennizzarlo (1).

S'avverta inoltre che il fideiussore ha regresso per i danni nella detta misura anche se la fideiussione fu contratta mediante un compenso al fideiussore stesso, perocchè l'articolo 1915 Cod. it. cit. (Cod. franc., art. 2028 cit.) non distingue tra la fideiussione gratuita e l'onerosa e poi non v'è alcuna ragione per eccettuare la fideiussione onerosa, dal momento che si tratta di risarcire il fideiussore di un danno effettivamente sofferto (2).

676. — Nell'esame fin qui fatto del regresso, si è sup-

(1) Duranton, n. 351; Ponsot, n. 238; Troplong, n. 351; Pont, n. 242; Laurent, n. 235; Guillouard, n. 175, p. 201; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1082, p. 524; Galdi, n. 130, p. 132.

(2) Duranton, n. 351; Guillouard, n. 175, p. 201.

Digitized by Google

posto che il fideiussore abbia interceduto nell' interesse del debitore, come accade normalmente.

Supposto invece che il fideiussore garantisca nell'interesse del creditore, se il fideiussore paga non può avere verso il debitore diritti maggiori di quelli che ha il creditore a cui vantaggio egli ha interceduto. Per la qual cosa il regresso del fideiussore verso il debitore non può avere una estensione più grande di quella inerente alla surrogazione accordata dall'art. 1916 Cod. it. (Cod. franc., art. 2029) al fideiussore nei diritti del creditore verso il debitore (1); surrogazione di cui stiamo per occuparci.

Supposto poi che il fideiussore abbia interceduto e nell'interesse del debitore e nell' interesse proprio, come nel caso di una fideiussione prestata dietro un compenso, l'estensione del regresso è determinata dal citato art. 1915 Codice italiano (Cod. franc., art. 2028), il quale è applicabile per il fatto che la fideiussione, pur essendo contratta a titolo oneroso, è tuttavia prestata anche nell' interesse del debitore; per la qual cosa non v'è ragione di derogare alla regola (2).

§ 2.

Il subingresso fideiussorio.

Sommario: 677. Scopo del subingresso.

677. — L'azione di regresso rende possibile, per il fideiussore che ha pagato, il rimborso del capitale, degli interessi, delle spese, e dei danni quando sia il caso. Parrebbe pertanto, a primo aspetto, che i diritti del fideiussore fossero sufficientemente tutelati da questo regresso.

Se non che l'azione di regresso è un'azione puramente *personale* del fideiussore verso il debitore; e ciò produce la conseguenza che il fideiussore può bensì agire contro il debitore, ma se i suoi diritti non sono già assicurati con una

(1) Pont, *Des petits contrats*, II, n. 246; Guillouard, n. 177, p. 203; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1103, p. 534.

(2) Guillouard, n. 177, p. 204; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1105, pag. 535.

Digitized by Google

garanzia reale, quale un pegno o una ipoteca, egli non può valersi di nessuna delle garanzie reali che spettavano al creditore da lui soddisfatto. Perocchè, a rigore il pagamento eseguito dal fideiussore estingue radicalmente il debito e come le garanzie cessano per il creditore così non potrebbero sussistere per il fideiussore. Ma avendo questi interceduto e pagato per altri, è equo e giusto che gli si conceda, oltre all'azione personale di regresso, un'altra azione con la quale egli possa approfittare delle garanzie reali creditorie, allo scopo di ottenere in modo più sicuro il rimborso di quanto gli spetta.

A) — Legislazione comparata.

Sommario: 678. Diritto greco. — 679. Legislazione romana. — 680. Diritto francese antico. — 681. Legislazioni odierne. — 682. Il subingresso dell'avallante.

678. — Nel diritto attico non si trova traccia della cessione delle azioni che, per diritto romano, il fideiussore il quale pagava poteva esigere dal creditore.

Ma da un'orazione di Demostene (1) e da un'altra di Isocrate (2), risulta che talvolta il fideiussore si premuniva contro l'insolvibilità del debitore mediante mezzi che variavano secondo i casi, quali la costituzione di un pegno fino al momento del rimborso della somma garantita (3), o una garanzia che il fideiussore trova in un deposito di denaro fatto presso lui, in precedenza, dal debitore principale al detto titolo di deposito (4).

679 — Alla anzidetta necessità aveva esplicitamente provveduto la legislazione romana, mediante regole non eguali a quelle ricevute nelle legislazioni moderne.

Il fideiussore, in diritto romano, può esigere dal creditore

(1) Demostene, *Contro Apaturio*, § 8.

(2) Isocrate, *Trapeziticus*, § 44.

(3) Nella citata oraziono di Demostene si tratta di una nave che il fideiussore si fa dare in pegno fino al momento in cui sarà certo che egli non sarà obbligato a pagare quale fideiussore.

(4) È il caso di cui parla la citata orazione d'Isocrate. Consulta Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 484-485.

Digitized by Google

che gli ceda il suo credito contro il debitore principale (1) in quanto il mallevadore stesso ha un regresso contro il debitore principale.

Questa restrizione non è espressamente riconosciuta nelle fonti; ma il WINDSCHEID (2), la ritiene indiscutibile: « Se il mallevadore non ha un regresso contro il debitore principale perchè egli avrebbe pur dovuto rifondergli quanto è stato pagato da lui, o perchè ha rinunziato al regresso, non gli gioverebbe nulla neppure il credito spontaneamente ceduto dal creditore; tanto meno egli può pretendere la cessione. Se il mallevadore ha fatto garanzia contro il divieto del debitore principale, egli non può neppure con un ripiego procacciarsi una ragione di regresso che il debitore ha espressamente respinto » (3).

680. — Nel diritto francese antico l'eccezione della cessione di azioni, detta *beneficio di surrogazione*, fu ammessa con la condizione che fosse invocata dal fideiussore, conformemente al principio romano.

A questa regola invano si oppose DUMOULIN (4) cercando di dimostrare, a torto, che le leggi romane non esigevano che la cessione delle azioni fosse domandata dal fideiussore al creditore, e che queste azioni dovevano appartenergli di pieno diritto per il solo fatto del pagamento.

Concetto in sè giusto, ma che, contrario ai precetti romani, non trionfò per allora (5).

681. — Prevalse invece nella legislazione francese che ammise la surrogazione di pieno diritto, non potendosi presumere nè che il creditore, il quale avrebbe dovuto consentire la surrogazione ove ne fosse stato richiesto, abbia inteso di

(1) L. 36, D. *h. t.*; L. 2, 21, Cod. *h. t.*; L. 95, § 11, D. *de sol.*, 46, 3; Nov. 4, c. 1. Vedi: GIRTANNER, p. 211 e seg.; 248 e seg.; 468 e seg.; 533 e seg.; HASENBALG, p. 401 e seg.; 651 e seg.; 784 e seg.

(2) WINDSCHEID, § 481, nota 7.

(3) Vedi anche: HASENBALG, p. 421. In senso diverso: BRINZ, § 256, nota 23. L'ARNDTS, § 356, nota 3, riconosce nel fideiussore che non ha regresso il diritto alla cessione del credito, ma accorda al debitore la *exceptio doli*. Vedi anche DERNBURG, II, § 80, nota 8.

(4) DUMOULIN, *Prima lectio Dolana*, § 23, ediz. 1681, III, p. 391.

(5) Vedi POTHIER, n. 280.

Digitized by Google

non permetterla al fideiussore che non la domandò; nè che il debitore abbia inteso di rinunciare a un diritto così importante (1).

Ecco il fondamento della disposizione introdotta dal Codice francese (art. 1251, n. 3) e dall'italiano (art. 1253 n. 3), per la quale « la surrogazione ha luogo *di diritto* (du plein droit)... 3° a vantaggio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo ».

Questa regola era perfettamente applicabile per il fideiussore che ha pagato; ma i legislatori credettero opportuno di ribadirla con un'altra disposizione che fa parte del titolo della fideiussione, e cioè con l'art. 2029 Cod. franc. e 1916 Cod. it., a termini dei quali « il fideiussore che ha pagato sottentra in tutte le ragioni (tous les droits) che aveva il creditore contro il debitore ». Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie (art. 1901); parmense (art. 2058); sardo (art. 2066); estense (art. 2046); Codici vigenti: neerlandese (art. 1877); portoghese (art. 839); spagnuolo (art. 1839); della Luigiana (art. 3022); di Haiti (art. 1793); del Chilì (arg. art. 2355 e 2381, n. 2); messicano (arg. art. 1878); dell'Uruguay (art. 2093); del Venezuela (riassunto citato); del Guatemala (art. 2237); columbiano (arg. art. 2381 e 2406); argentino (art. 2029); austriaco (§ 1358); federale svizzero delle obbligazioni (art. 504); diritto russo (2); Codice generale del Montenegro (art. 467) (3); Codice germanico (§ 774) (4).

(1) Vedi Bigot-Préameneu, nell'*Exposé des motifs au Corps législatif*, sull'art. 1251, n. 3, in Fenet, XV, p. 269-270.

(2) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1377, p. 453. Il Codice baltico aggiunge espressamente, che il fideiussore può rifiutare il pagamento finchè la surrogazione non abbia avuto luogo.

(3) Codice generale del Montenegro, art. 467: « Dopo che il fideiussore ha soddisfatto il creditore, tutti i diritti, tutte le garanzie e sicurtà annesse al credito, passano di pieno diritto al fideiussore. Se vi sono degli scritti o dei documenti relativi al credito, il creditore soddisfatto è tenuto a consegnarli al fideiussore ».

(4) Codice germanico, § 774: « In quanto il fideiussore soddisfaccia il creditore, il credito di questo verso il debitore principale passa a lui. Il trapasso non può farsi valere a pregiudizio del creditore. Le eccezioni del debitore principale derivanti da un rapporto giuridico fra lui e il fideiussore rimangono intatte ». Vedi i commentatori citati al n. 660.

Digitized by Google

682. — Principio accolto altresì dalla legge commerciale italiana per quanto riguarda l'avallante, il quale è surrogato nei diritti del possessore cambiario contro la persona per la quale l'avallo fu dato e verso gli obbligati anteriori (Cod. comm. it., art. 276).

Se un secondo fideiussore garantisce il primo garante, e paga, esso sottentra nei diritti del creditore verso il primo fideiussore che, di fronte al secondo garante, è l'obbligato principale.

Questo principio vale altresì per il caso di un secondo avallante che garantisce la firma di un primo avallante. Il secondo avallante che, in tal modo, garantisce il pagamento della cambiale verso tutti i giratari posteriori alla persona, per cui fu dato l'avallo dal primo avallante, è surrogato, se paga, nei diritti del possessore cambiario verso il primo avallante, verso la persona per cui questi diede l'avallo e verso tutti gli obbligati anteriori (1).

È poi evidente che il primo fideiussore (e così anche il primo avallante), che ha pagato, non può agire contro il proprio garante, poichè, mentre il fideiussore ha azione verso il debitore, questi non ha alcuna azione contro il proprio fideiussore.

B) — Carattere ed estensione del subingresso.

Sommario: 683. Il subingresso ha luogo di pieno diritto. — 684. Estensione del subingresso. — 685. Quali garanzie sono comprese nel subingresso. — 686. Limiti del subingresso. — 687. Ragioni acquistate dal creditore posteriormente alla fideiussione. — 688. *Quid juris* per l'azione di sfratto. — 689-690. L'azione risolutiva nella vendita. — 691. Conflitto di surrogazioni. — 692. Concorso del creditore parzialmente soddisfatto col fideiussore. — 693. Liberazione accordata dal creditore al fideiussore. — 694. *Quid juris* se il debitore cade in fallimento o in non solvenza.

683. — Quantunque nella riferita disposizione degli articoli 2029 Cod. franc. e 1916 Cod. it., non sia ripetuto che

(1) Vivante, *Trattato di diritto comm.*, IV, parte 1ª, n. 1701, p. 137.

Digitized by Google

il fideiussore sottentra *di diritto* nelle ragioni del creditore, è tuttavia certo che il subingresso ha luogo di pien diritto avendo esso la stessa natura, e producendo gli stessi effetti della surrogazione legale, disciplinata dal precedente articolo 1251, n. 3, Codice francese citato e 1253, n. 3, Codice italiano citato (1).

684. — Il subingresso differisce dal regresso per più caratteri.

Il regresso ha il fondamento nell'azione di mandato o in quella di gestione d'affari; il subingresso si fonda sulla presunta intenzione delle parti, essendo logico il ritenere che tacitamente il fideiussore che paga intende di essere surrogato nelle azioni del creditore, e che questi, pure tacitamente, vi acconsenta. Conseguentemente l'estensione del regresso è segnata o da quella dell'*actio mandati* o da quella dell'*actio negotiorum gestorum* (2), mentre l'estensione del subingresso è determinata dal principio che: « nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat ». Ossia il subingresso non può attribuire al fideiussore diritti maggiori di quelli che spettavano al creditore. Col regresso, il fideiussore esercita una azione personale; col subingresso, può esercitare sia le azioni personali, come le azioni reali che spettavano al creditore contro il debitore.

685. — Va pertanto respinta la opinione che il subingresso comprenda soltanto le garanzie reali del credito, o i soli accessorii di esso. Si oppone a questa interpretazione la legge stessa, che all'art. 1251 Cod. it. (Cod. franc., art. 1249) parla della surrogazione *nei diritti* del creditore, e all'articolo 1916 Cod. it. (Cod. francese, art. 2029) dichiara che la surrogazione ha luogo *in tutte le ragioni* (*tous les droits*) del creditore. Espressioni generiche e comprensive che si riferiscono necessariamente sia alle azioni personali come alle reali del creditore (pegni, privilegi, ipoteche) (3).

Anche il subingresso dell'avallante ha luogo, *ope legis*, in

(1) Conf. Corsi, p. 152.

(2) Vedi *retro*.

(3) Conf.: Corsi, p. 183-184; Guillouard, n. 185, p. 210-211; Baudry-Lacantinerie e Wahl, n. 1114, p. 538.

Digitized by Google

tutti i diritti del possessore, epperò anche nelle garanzie mobiliari e immobiliari, e nella sentenza già ottenuta (1).

686. — Il subingresso però non può mai autorizzare il fideiussore a esercitare diritti o azioni che non avrebbe potuto esercitare il creditore. E ciò in forza del principio esposto al numero 684.

Ne segue che talvolta l'azione surrogatoria è meno vantaggiosa dell'*actio mandati* o di quella *negotiorum gestorum*.

Così il fideiussore surrogato nei diritti del creditore non può ripetere contro il debitore principale tutto ciò che egli ha pagato a titolo di danni e spese. L'opinione contraria sostenuta da ZACHARIAE (2) confonde, in primo luogo, il subingresso col regresso. In secondo luogo viola il riferito principio secondo il quale « nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat »; perocchè il credito del fideiussore può essere più grande di quello del creditore, potendo esso comprendere oltre il capitale e gli interessi, anche danni e spese, di cui il creditore nulla può pretendere, essendo esse un credito esclusivo del fideiussore. In nessun modo pertanto il creditore può surrogare, per tale soprappiù, il fideiussore nei proprii diritti; mentre, per la teoria ora confutata, il fideiussore dovrebbe potersi prevalere delle ipoteche annesse al credito, anche per il soprappiù; il che offenderebbe il principio suesposto (3).

In virtù del quale fu deciso che la surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore pignoratizio, allorchè l'oggetto dato in pegno non è stato consegnato al fideiussore, non impedisce che un terzo possa acquistare un diritto di pegno sul medesimo oggetto, poichè il fideiussore sottentra nei diritti del creditore, alle medesime condizioni in cui li aveva questo ultimo (4).

(1) VIVANTE, *Trattato di diritto comm.*, IV, parte 1ª, n. 1695, p. 134. Cass. Roma, 12 maggio 1897 (*Foro it., Rép.*, v.° *Effetto cambiario*, n. 108); Corte d'app. Trani, 27 febbraio 1897 (*Ivi*, *Rép.*, v.° cit., n. 88).

(2) ZACHARIAE, III, § 427.

(3) Conf.: TROPLONG, n. 370; PONT, n. 274; LAURENT, n. 246; CORSI, p. 184; GUILLOUARD, n. 190, p. 216; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1118, pag. 540.

(4) Cass. franc., 23 décembre 1879 (*Sirey*, 1881, 1, 149); GUILLOUARD, n. 186, p. 213; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1117, p. 539.

Digitized by Google

Si noti ancora che, sempre per tale principio, il fideiussore, che valendosi del subingresso esercita le azioni del creditore, va soggetto alla stessa prescrizione che è applicabile alle azioni stesse creditorie; di guisa che, supposto che la prescrizione sarebbe stata per il creditore la quinquennale, il fideiussore che si vale del subingresso non può indugiare il rimborso del suo credito fino ai trent'anni, mentre può invocare la prescrizione trentennale nel concorso delle volute condizioni, se si vale dell'*actio mandati* o dell'*actio negotiorum gestorum* (1).

687. — La surrogazione comprende non soltanto quei diritti che spettavano al creditore al tempo in cui fu contratta la fideiussione; ma altresì quelli che il creditore ha acquistato posteriormente.

L'opinione contraria fu professata da DUMOULIN (2) « ... obligatio cedenti non debet extendi ultra limites qui erant tempore contractus ».

Ma questa affermazione cade oggidì di fronte al testo della legge, la quale è espressa in termini generali che non consentono la detta distinzione. Si legge infatti al citato art. 1916 Cod. it. (Cod. franc., art. 2029) che il fideiussore sottentra *in tutte le ragioni* del creditore; dunque anche in quelle acquistate dal creditore posteriormente alla fideiussione, perchè altrimenti l'aggettivo *tutte* che esprime una universalità non avrebbe ragione d'essere. E poi la legge dichiara che il fideiussore sottentra in tutte le ragioni che il creditore *aveva* contro il debitore. E questo imperfetto del verbo avere non può essere riferito senza violare le regole della sintassi, soltanto alle ragioni che il creditore aveva al tempo in cui fu contratta la fideiussione, ma deve al contrario riferirsi anche a tutte quelle acquistate posteriormente.

Invano si obbietta che il fideiussore allorchè intercede non può fare assegnamento su queste garanzie che il creditore non possiede ancora; perocchè la legge non considera in

(1) Conf. TROPLONG, n. 364.

(2) DUMOULIN, *Prima lectio Dolana*, § 35, ediz. 1681, III, p. 393. Conf. Cass. Torino, 15 febbraio 1872 (*Annali*, VI, p. 278); e più esplicitamente la stessa Corte, 6 febbraio 1882 (*La Cass. di Torino*, 1882, p. 64).

Digitized by Google

questo punto l'intenzione delle parti, e, d'altro lato, nel diritto odierno il subingresso non ha più il carattere di una formale cessione di azioni nel senso romano; carattere per il quale la convenzione poteva, in diritto romano, determinare i limiti delle azioni e dei diritti in cui il fideiussore sottentrava. Oggi invece il subingresso ha luogo per ministero di legge, *ipso jure*, ed è vano il far ricerche sull'intenzione dei contraenti, se questi tacquero circa i detti limiti. Del resto, anche sotto l'aspetto razionale, la soluzione ora propugnata è pienamente accettabile, essendo giusto ed equo che chi ha pagato per altri possa valersi di ogni mezzo appartenente al creditore per ottenere il rimborso, senza distinzioni relative al momento in cui il mezzo è nato (1).

688. — Poichè il fideiussore che ha pagato il debito sottentra in tutti i diritti del creditore, la surrogazione ha luogo non soltanto nelle ordinarie garanzie reali del credito, quali i pegni, le ipoteche, i privilegi, ma altresì nelle garanzie speciali annesse a taluni crediti, quali l'azione risolutiva nel caso di una garanzia prestata per un prezzo di vendita, e l'azione di sfratto in caso di fideiussione prestata per un credito dipendente da locazione (2). Fu ritenuto il contrario riguardo all'azione di sfratto, perchè il diritto di espulsione « è inerente alla qualità di proprietario, e non può essere esercitato che da lui » (3). L'affermazione è però infondata perocchè l'azione di sfratto in sostanza è una forma della azione risolutiva, essendo il mezzo col quale il proprietario tende a tutelare il credito, ed è inerente perciò non alla qualità di proprietario, bensì al credito stesso. Come tale non può essere negata al fideiussore, il quale, dopo aver pagato, sottentra *in tutte le ragioni* che aveva il creditore contro il debitore (Cod. civ. it., art. 1916; Cod. franc., art. 2029). È bensì vero che il creditore può avere interesse a continuare la loca-

(1) Conf.: Ponsot, n. 259; Troplong, n. 376; Pont, n. 272; Guillouard, n. 184, p. 210; Corsi, p. 185-190; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1113, p. 538 — Cass. Firenze, 27 dicembre 1881 (*Annali*, 1882, p. 23). Conforme: Codice Argentino, art. 2029.

(2) Guillouard, n. 185, p. 210-211; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1114, p. 538. Confr. Troplong, n. 373.

(3) In questo senso: Cour de Paris, 25 mai 1867 (*Sirey*, 1868, II, 9).

Digitized by Google

zione con lo stesso conduttore momentaneamente imbarazzato a pagare; ma questo interesse deve cedere al diritto prevalente del fideiussore che si vale del subingresso *ope legis*; per modo che se il creditore non vuol perdere il suo conduttore deve rinunciare a quanto gli spetta (1).

689. — Il fideiussore può anche, come si disse, esercitare l'azione risolutiva qualora il compratore non abbia pagato il prezzo della vendita da lui garantito, ed egli abbia dovuto per ciò estinguere il debito. Con la risoluzione del contratto il fideiussore può ottenere la cosa che il creditore, ove avesse voluto, poteva ricuperare; ed in tal guisa lo stesso fideiussore può evitare un procedimento forse inutile contro il garantito.

690. — Non vale l'argomentare il contrario dal caso della cessione d'un credito e dal caso del pagamento del prezzo dell'immobile eseguito dal creditore dell'acquirente onde evitare gli effetti della risoluzione; casi nei quali la surrogazione non comprende l'azione risolutiva.

In primo luogo mentre il subingresso è accordato al fideiussore dalla regola generale contenuta nel riferito art. 1253, n. 3, non è, al contrario, contemplato dalla legge per gli altri due casi accennati; ed è certo che la surrogazione legale è di stretto diritto.

In secondo luogo, per quanto concerne la cessione dei crediti, va notato che questa non va parificata al subingresso, perchè mentre la prima nasce da un contratto, il subingresso ha luogo per disposizione di legge. Onde l'impossibilità di dedurre l'esclusione dell'azione risolutiva per il fideiussore dai due casi sopra esposti (2).

691. — Supposto che taluno abbia comperato un immobile su cui è iscritta un'ipoteca a garanzia d'un credito, per il quale altri ha prestato fideiussione; supposto ancora che

(1) Conf.: Guillouard, n. 185, p. 212; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1114, p. 538-539, i quali sull'ultima obbiezione scrivono: « On objecte enfin que le propriétaire peut avoir intérêt à ne pas perdre son locataire. Mais alors qu'il ménage son locataire et ne réclame pas ce qui lui est dû ». In senso diverso: Troplong, n. 367.

(2) Conf. Corsi, p. 192-198. Vedi inoltre: Troplong, n. 373; Guillouard, n. 185, p. 211 — Corte reale d'Amiens, 9 novembre 1825 (*Dallox*, 1826, 2, 156).

Digitized by Google

il fideiussore paghi il debito e, come sostituito nelle ragioni creditorie agisca contro il terzo possessore perchè paghi oppure rilasci l'immobile ipotecato, *quid juris* se quest'ultimo, evitto, eccepisca la stessa surrogazione?

La preferenza in questo conflitto di surrogazioni, va accordata al fideiussore. Questi può valersi del subingresso perchè egli, pagando, sottentra per legge nei diritti del creditore, e quindi anche nel diritto di procedere contro il terzo possessore in virtù del diritto reale d'ipoteca.

Nessun dubbio v'è che i terzi possessori hanno, se evitti, il subingresso nei diritti del creditore ipotecario. Ma tale subingresso, regolato dall'art. 1253, n. 3, Cod. civ., ha luogo nei diritti del creditore esistenti al momento del pagamento. Laddove il subingresso del fideiussore comprende, in forza dell'art. 1916, i diritti che ha il creditore contro il debitore nel momento in cui il fideiussore contrae l'obbligazione, ed in questo momento il fideiussore subentrò nell'ipoteca inerente al fondo, col diritto di essere liberato se tale garanzia fosse poi pregiudicata. Per la qual cosa il terzo possessore, pagando in un momento che è posteriore alla data della fideiussione non può subentrare nella detta ipoteca in forza di un subingresso posteriore a quello del fideiussore (1).

692. — In diritto francese, se il fideiussore paga soltanto in parte il debito garantito, e agisce col subingresso, i suoi diritti, secondo una teoria, sono governati dall'articolo 1252 Cod. franc., a termini del quale la surrogazione non

(1) Mirabelli, *op. cit.*, n. 25, p. 436-437 e *Diritto dei terzi*, II, n. 21, p. 48; Corsi, *op. cit.*, p. 198-200; e per il diritto francese: Mourlon, in *Revue de droit franç. et étrang.*, 1845, II, p. 741 e seg.; Aubry et Rau, IV, § 321, testo e note 84-85; Guillouard, n. 187, p. 214; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1115, p. 539. Contro: Troplong, n. 428-430, il quale si fonda erroneamente sull'art. 2170 Cod. franc. che è applicabile riguardo *al principale o ai principali obbligati*, mentre il fideiussore non è un condebitore principale. Comunque, ecco come conclude il citato autore, n. 430: « Lungi dunque che il fideiussore abbia alcuna azione da esercitare contro il terzo possessore, è il terzo possessore, al contrario, il quale, nel caso che sia stato spogliato e privato della proprietà, è surrogato nei diritti del creditore, soddisfatto col prezzo della sua cosa (art. 1252) ed ha, per questa surrogazione, un'azione intera contro tutti gli obbligati personali, nel numero dei quali trovasi il fideiussore ». Vedi anche: Id., *Traité des hypot.*, III, n. 800.

Digitized by Google

può nuocere al creditore, allorchè questi fu pagato soltanto in parte; sicchè il creditore conserva il diritto d'essere collocato, a preferenza del fideiussore, sul prezzo degli immobili del debitore; mentre se il fideiussore si vale del regresso, può ottenere il rimborso della parte di debito pagata, in concorso col creditore se questi agisce simultaneamente col fideiussore, e ad esclusione del creditore stesso se questi non agisce così presto « et cela sans lui tenir compte de la somme « qu'elle (la caution) touchera » (1).

Invece, secondo un'altra opinione, il fideiussore che ha pagato una parte del debito può valersi del subingresso in concorso col creditore, agendo per la porzione ancor dovuta, perchè l'art. 2029 Codice franc. accorda al fideiussore il subingresso in termini assoluti, e non si può opporre l'art. 1252, 2°, Cod. franc., secondo il quale la surrogazione non può nuocere al creditore, perchè l'art. 1252 riguarda soltanto i diritti reali (2).

Tale questione non può farsi per il diritto italiano vigente, per il quale il creditore che fu soddisfatto soltanto in parte e il fideiussore surrogato che gli fece il parziale pagamento concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è loro dovuto; e ciò in forza dell'art. 1254 Cod. it.

693. — Qualora il creditore abbia rilasciato una quietanza al fideiussore per compiere a suo favore una liberalità, ossia senza aver ricevuto da lui il pagamento, per decidere se al fideiussore competa o no il subingresso, bisogna distinguere conformemente ai criteri annunciati precedentemente riguardo al regresso (3).

Supposto che il creditore liberando il fideiussore siasi riservato le azioni contro il debitore, non spetta al fideiussore il subingresso perchè il debito continua a sussistere per lo stesso debitore.

Se, al contrario, il creditore per beneficare il fideiussore ha liberato con la quietanza, in tutto o in parte, il fideiussore e il debitore ad un tempo, il fideiussore ha il subingresso

(1) Così opina il Guillouard, n. 189, p. 215-216.
(2) Così opinano Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1116, p. 539.
(3) Vedi *retro*.

Digitized by Google

per la quantità condonata, perchè il creditore, nella fatta ipotesi, ha inteso di fare una liberalità al fideiussore, e se questi non avesse il subingresso, la liberalità profitterebbe invece al debitore, che solo doveva sopportare, in ultima analisi, il pagamento del debito (1). Nè vale il dire che il subingresso ha per condizione necessaria il *pagamento;* perocchè con la liberalità avuta dal creditore, il fideiussore ha liberato il debitore verso il creditore; il che, in sostanza, equivale ad un pagamento.

Finalmente, se il creditore ha condonato il debito al fideiussore per compensarlo di servigi da lui prestatigli, il fideiussore può esercitare il subingresso, essendo che il condono tiene il luogo della ricompensa che il fideiussore avrebbe potuto ottenere per i detti servigi, e quindi il fideiussore ha, in sostanza, pagato il debito (2).

694. — S'avverta poi che il subingresso essendo subordinato alla condizione di aver pagato il debito (Cod. it., articolo 1916; franc., art. 2029), se il fideiussore non ha ancora pagato e il debitore cade nel fallimento o si trova in stato di non solvenza, il fideiussore non può esercitare il subingresso, ma può soltanto valersi dell'azione di rilevazione di cui ci occuperemo (3).

(1) Conf. Troplong, n. 374. Confronta: Codice chileno, art. 2374; dell'Uruguay, art. 2094 e columbiano, art. 2399, per i quali il fideiussore, cui il creditore ha condonato il debito in tutto o in parte, non può agire contro il debitore per la quantità condonata, tranne che il creditore gli abbia ceduto la sua azione. Vedi anche, per gli effetti di una *transazione* intervenuta fra il creditore e il fideiussore, il Codice portoghese, art. 839, § unico, per il quale in tal caso il fideiussore può esigere dal debitore soltanto ciò che ha realmente sborsato, tranne che il creditore non gli abbia fatto donazione di una diminuzione nell'ammontare del debito. Vedi anche su ciò il Codice spagnuolo, art. 1839, e il Codice del Venezuela (riassunto citato).

(2) Vedi *retro*.

(3) Vedi: Cassation, 19 novembre 1872 (*Sirey*, 1873, I, 193) e Labbé, nota ivi; Guillouard, n. 191, p. 216; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1110, p. 537.

Digitized by Google

§ 3.

Azione fideiussoria contro i condebitori solidali e i terzi.

SOMMARIO. 695. Regresso del fideiussore che ha fatto sicurtà per più condebitori solidali. — 696. Quale azione spetta al fideiussore che ha garantito un solo condebitore solidale. — 697. Se gli spetti il subingresso per l'intero. — 698. Teoria della surrogazione nei diritti del debitore - Confutazione. — 699. Pretesa modificazione implicita della surrogazione legale. — 700. Altre obbiezioni contro la teoria del subingresso per l'intero - Confutazione. — 701. Divieto per i condebitori non garantiti di opporre al fideiussore le eccezioni che avrebbero potuto invocare contro il debitore garantito. — 702. Surrogazione convenzionale. — 703. Subingresso del fideiussore che ha garantito per uno fra più debitori non obbligati solidariamente per lo stesso debito. — 704. Inapplicabilità dell'art. 1920 Codice italiano nei rapporti fra il fideiussore e il terzo che ha ipotecato il proprio fondo per sicurtà dello stesso debito.

695. — Finora s'è discorso nell'ipotesi che il fideiussore abbia mallevato per un solo debitore o per più debitori non obbligati in solido per lo stesso debito.

Qualora vi siano invece più debitori principali obbligati in solido per lo stesso debito, il fideiussore che ha fatto sicurtà per tutti ha il regresso contro ciascuno di loro per ripetere l'intera somma pagata (Cod. it., art. 1917; francese, art. 2030). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie (articolo 1902); parmense (art. 2059); sardo (art. 2067); estense (art. 2047); e i Codici vigenti: neerlandese (art. 1878); portoghese (art. 840); della Luigiana (art. 3023); di Haiti (art. 1794); chileno (art. 2372); dell'Uruguay (art. 2099); messicano (articolo 1865); del Guatemala (art. 2238); columbiano (art. 2397); argentino (art. 2032).

Questo principio per il quale il fideiussore ha il regresso contro ciascun debitore *per l'intero*, è fondato su ragioni perfettamente giuridiche. Il fideiussore infatti può essere intervenuto o come mandatario dei condebitori solidali o come loro gerente d'affari. Nel primo caso ciascuno di essi è responsabile perchè ha dato il mandato al fideiussore affinchè paghi l'intero debito, essendo ciascuno obbligato per l'intero. Nel secondo caso il fideiussore quale gerente d'affari ha, per questa stessa ragione, amministrato utilmente gli affari di

Digitized by Google

ognuno per la totalità del debito. Così la posizione giuridica dei condebitori di fronte al fideiussore non è diversa da quella che avrebbero di fronte al creditore, il quale, se non venisse pagato dal fideiussore potrebbe agire contro ciascuno d'essi per l'intero (1).

696. — La legge vigente contempla il caso in cui il fideiussore ha fatto sicurtà per tutti i debitori, ma non dispone per il caso di un fideiussore che ha garantito uno solo dei condebitori in solido. Di qui nasce una seria controversia per stabilire se il fideiussore che ha garantito un solo condebitore solidale ha azione di regresso oppure di surrogazione, per l'intero o *pro parte*, verso i condebitori non garantiti.

Escludiamo innanzi tutto che il fideiussore possa esercitare contro i debitori non garantiti l'azione fideiussoria di *regresso* per l'intero o per la parte di ciascuno.

Non per l'intero e neppure per la parte di ciascuno, perocchè l'azione fideiussoria di *regresso*, contemplata dall'articolo 1915 Cod. civ. it., nasce o dal mandato o dalla gestione d'affari. Ciò posto, il fideiussore che ha pagato non può certamente agire col regresso verso i condebitori non garantiti, fondandosi sul mandato; perocchè questi condebitori non hanno nè espressamente nè tacitamente affidato al fideiussore alcun incarico di garantire e pagare per loro. E neppure può agire col regresso sul fondamento di una gestione d'affari, perocchè, nel caso in discorso, il fideiussore ha prestato la garanzia per un solo condebitore, e non anche nel nome degli altri debitori; per modo che può bensì sussistere una *negotiorum gestio* in rapporto al condebitore garantito, se il fideiussore non intervenne dietro un mandato, ma non in rapporto agli altri coi quali il fideiussore non ha avuto alcun vincolo (2). Nè può dirsi che tale vincolo nasca per effetto

(1) Guillouard, n. 192, p. 217. Confr.: Troplong, n. 377; Pont, II, n. 276; Laurent, n. 248; Corsi, p. 175; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1121, p. 541.

(2) Anche il Troplong, n. 379, esclude che il fideiussore possa agire come *negotiorum gestor* dei debitori non mallevati, e scrive che « ciò sarebbe un far violenza alla verità. Egli non ha pagato come *negotiorum gestor* dei debitori non mallevati, ma unicamente come fideiussore del debitore solidario per il quale aveva risposto ». Esclude l'azione di regresso anche il Corsi, p. 176-181.

Digitized by Google

del pagamento, perocchè, come la garanzia non venne assunta per gli altri condebitori, così il fideiussore non può sdoppiare la propria qualità per figurare *negotiorum gestor* quanto alla garanzia e al pagamento di fronte al debitore garantito, e *negotiorum gestor* in quanto al solo pagamento di fronte ai debitori non garantiti. Il *regresso fideiussorio* presuppone insomma una precedente garanzia; epperò è ovvio che non competa, nè per l'intero nè in parte, al fideiussore verso i debitori non garantiti. Tale, del resto, è anche il senso che risulta dal riferito art. 1917 Cod. civ. it., il quale accorda il regresso al fideiussore « che ha fatto sicurtà *per tutti* ».

Nè ha fondamento la dottrina secondo la quale, non esistendo tra il fideiussore e i debitori non garantiti un vincolo diretto, il garante avrebbe verso loro i diritti del condebitore garantito, conformemente al principio delle obbligazioni solidali, per cui il condebitore in solido che ha pagato l'intero debito può ripetere dagli altri condebitori la porzione di ciascuno d'essi (Cod. franc., art. 1214; it., art. 1199) (1). Perocchè tale principio, dettato per il condebitore in solido che ha pagato il debito, vale nei rapporti interni fra questo *condebitore* e *gli altri debitori;* mentre nel caso in esame, si tratta dei rapporti tra un *fideiussore* e *i debitori non garantiti*, di fronte ai quali egli non è affatto un condebitore, così come non è un garante; epperò vanno applicate le regole ordinarie del regresso fideiussorio. S'aggiunga che il principio per cui il fideiussore avrebbe verso i debitori non garantiti i diritti del condebitore garantito, è assurdo perchè questo condebitore non avendo pagato il debito poichè esso fu estinto dal fideiussore, non ha alcun diritto verso gli altri condebitori.

Quest'ultima considerazione condanna inoltre la opinione

(1) In questo senso Guillouard, n. 193, p. 217. Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1119, p. 540. Nello stesso senso i Codici: chileno, art. 2372; dell'Uruguay, art. 2099, e columbiano, art. 2397, per i quali il fideiussore particolare di uno fra i condebitori solidali può ripetere l'intero soltanto contro il garantito « y no tendrà contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor á quien ha afianzado ».

Per il Codice giapponese, art. 464, il fideiussore che s'è vincolato per uno dei debitori solidali o indivisibili « n'a recours contre les autres que pour leur part dans la dette ».

Digitized by Google

secondo la quale il fideiussore potrebbe agire, in diritto francese, in virtù dell'art. 1166 Cod. franc., a termini del quale il creditore può esercitare tutti i diritti e le azioni del suo debitore (1). Il fideiussore non può infatti esercitare in nome del debitore garantito diritti che questi non ha verso gli altri debitori, perchè il debito fu pagato non da lui ma dal fideiussore.

Conchiudendo: il fideiussore che ha garantito uno solo dei condebitori solidali non ha azione di *regresso* verso i debitori non garantiti, mancando a tale regresso il necessario fondamento. Il fideiussore che pagò tutto il debito, può esercitare il regresso per l'intero soltanto contro quello tra i condebitori solidali per il quale egli prestò garanzia. Se poi si tratta di più debitori congiuntamente obbligati, ma non solidariamente, il fideiussore può esercitare il regresso contro il solo debitore garantito, in ragione di quanto pagò per lui.

Con ciò il fideiussore che ha pagato il debito non si trova disarmato verso i condebitori solidali non garantiti, perocchè la legge viene in suo soccorso con un mezzo, mediante il quale può obbligare ciascuno di loro al pagamento e cioè il *subingresso* in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore (Cod. civ. it., art. 1916 cit.) (2), tra i quali diritti è principale quello di esigere il pagamento dell'intero debito (3).

(1) In questo senso i citati Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1119, p. 540, i quali, dopo aver affermato che al fideiussore spetta il regresso contro i debitori non garantiti per la parte di ciascuno, secondo i principii della solidarietà, scrivono che il fideiussore può agire sia con l'azione diretta *de in rem verso*, sia in virtù dell'art. 1166 Codice francese e in nome del debitore garantito. Conseguentemente i citati autori, n. 1120, p. 540, ritengono che al fideiussore il quale esercita il regresso, i condebitori non garantiti possono opporre tutte le eccezioni che essi avrebbero potuto opporre al condebitore garantito, per esempio, il condono del debito accordato da costui ai condebitori solidali. Vedi anche Massé, nota in *Sirey*, 1861, 1, 577.

(2) Vedi *retro*.

(3) Confr. Corsi, *loc. cit.* In senso diverso Cod. civ. argentino, art. 2032, per il quale, chi ha garantito uno solo dei debitori solidali è bensì surrogato per l'intero al creditore, ma non può pretendere dagli altri debitori « sino lo que en su caso le correspondiese repetir contra ellos al deudor afianzado ». Sistema misto di subingresso nei diritti del creditore e di esercizio dei diritti del debitore garantito, che non ci sembra razionale.

Digitized by Google

697. — Diciamo che il fideiussore ha il subingresso perchè il diritto di esercitarlo nasce per il fideiussore dalla espressa disposizione del citato art. 1916 Cod. it., che è speciale alla materia fideiussoria, e si fonda sull'avvenuto pagamento del debito. Per la qual cosa non osta la considerazione che per l'art. 1253, n. 3, Cod. cit., il pagamento deve esser fatto da chi è obbligato *per altri*; mentre il fideiussore non è obbligato per i debitori non garantiti; perocchè il citato art. 1916, su cui specialmente è fondato il subingresso, esige soltanto che il debito sia stato *pagato* dal fideiussore e non anche che questi fosse obbligato a pagarlo per altri (1).

Aggiungasi che il fideiussore, esercitando i diritti del creditore, può agire *per l'intero* contro ciascuno dei debitori non garantiti, essendo che nessuno d'essi, ove fosse convenuto dal creditore, potrebbe opporgli il beneficio della divisione (Cod. it., art. 1189 cit.).

Supposto che il condebitore da lui garantito e pel quale ha pagato sia insolvibile, il fideiussore che inutilmente eserciterebbe contro lui il regresso in proprio nome, può rivolgersi contro i debitori non garantiti esercitando il subingresso nei diritti del creditore: E poichè egli fa valere i diritti del creditore, può farli valere nella stessa misura con cui potrebbe esercitarli il creditore stesso contro ciascuno dei condebitori in solido; e quindi può esercitare il subingresso *per l'intero* contro qualunque di essi (arg. art. 1186 e 1189 Cod. civ. it.). Perocchè nei rapporti tra creditore e condebitori solidali valgono i principii relativi alla solidarietà, e questi principii sono applicabili al fideiussore che sottentra nei diritti del creditore in virtù del *subingresso*, mentre non sono applicabili a lui qualora pretenda, senza ragione, d'esercitare il *regresso* che, come dimostrammo, non gli compete

(1) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1122, p. 541, i quali, dopo avere affermato che l'art. 2029 Cod. franc. (Cod. it., art. 1916) è l'applicazione della regola posta dall'art. 1251, Cod. cit. (Cod. it., art. 1253, n. 3), scrivono che « la caution est tenue non pas seulement *pour* le débiteur qu'elle a cautionné, mais *avec* les autres codébiteurs; elle est venue renforcer l'engagement de l'un des codébiteurs, et, par conséquent, est, vis-à-vis des autres codébiteurs, dans la situation tout au moins où serait à leur égard le codébiteur cautionné qui aurait lui-même payé la dette ».

Digitized by Google

verso i debitori non garantiti. E ciò perchè mentre il subingresso fa passare nel fideiussore i diritti del creditore verso tutti i debitori, la garanzia prestata per un debitore solo, non comunica al fideiussore i diritti del creditore verso gli altri condebitori.

Rimane poi salvo al condebitore non garantito che ha pagato l'intero debito al fideiussore, il diritto di dividere il debito stesso fra i suoi condebitori, a termini degli art. 1198 e 1199 Cod. cit., perchè nei rapporti interni fra i condebitori solidali valgono le norme relative alle obbligazioni solidali (1). Per modo che, nei detti rapporti fra i condebitori, il debito, in sostanza, deve essere pagato da ciascuno in ragione della parte per cui è tenuto a contribuire (art. 1198 e 1119, 1ª parte Cod. cit.); e se uno dei condebitori è non solvente, la perdita cagionata dalla sua non solvenza si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi e sopra quello che ha fatto il pagamento (art. 1199 capov., Cod. cit.).

Nè sussiste la possibilità del circuito d'azioni temuto da taluno, il quale opina (2) che se il condebitore non garantito paga al fideiussore l'intero, è, per tale pagamento, surrogato a sua volta nei diritti del creditore, confusi con quelli del fideiussore, contro il quale il debitore stesso può, a nome del creditore, esigere il pagamento di quanto eccede la quota da lui debitore dovuta. E ciò perchè se lo stesso creditore avesse fatto valere i suoi diritti contro il debitore, avrebbe dovuto surrogarlo nei suoi diritti contro il fideiussore.

Senza dubbio se il debitore non garantito deve pagare l'intero al *creditore*, egli ha la surrogazione legale contro il fideiussore, per gli art. 1253, n. 3 e 1254 Cod. it. Ma quando il debitore non garantito paga l'intero al fideiussore è assurdo il credere che egli abbia il subingresso contro il fideiussore stesso, perchè quest'ultimo *ha già pagato integralmente il debito*, ed estinto il debito per intero dal fideiussore, il creditore non ha più azione contro il fideiussore stesso; conseguentemente non può surrogare il condebitore in un diritto

(1) Conf. Corsi, p. 177.
(2) Così pensa il Troplong, n. 379.

Digitized by Google

che non ha egli stesso, per la massima più volte enunciata, relativa all'estensione del subingresso (1).

698. — Ma, secondo una teoria accolta da un giudicato francese, il fideiussore verrebbe invece surrogato non già nei diritti del creditore, ma in quelli del *debitore* di cui egli paga il debito, contro i suoi condebitori, dai quali il fideiussore potrebbe esigere soltanto da ciascuno la quota da lui dovuta (2). Questa opinione è priva di fondamento in quanto crea un subingresso nelle ragioni del *debitore*, mentre la legge concede unicamente il subingresso nei diritti del *creditore*, essendo che il debitore il quale non paga non ha diritti da trasmettere al fideiussore (3).

699. — Secondo un'altra opinione, prevalente anch'essa in Francia, il fideiussore è surrogato bensì al *creditore*, ma può esercitare i diritti del creditore soltanto se divide la propria azione tra i debitori (4), a termini dell'art. 2030 Cod. francese (Cod. it., art. 1917). Dal che seguirebbe secondo taluno (5) che l'articolo ora citato ha modificato implicitamente il principio della surrogazione legale.

L'errore di questa teoria, che argomenta dal regresso al subingresso, consiste nel voler regolare in base all'art. 2030 Cod. franc., corrispondente all'art. 1917 Cod. it., una questione che va risolta invece con l'art. 2029 Cod. franc. cit., corrispondente all'art. 1916 Cod. it. cit. Perocchè la disposizione in esame non parla affatto della *surrogazione*, ma bensì parla del *regresso* (6), nulla importando la circostanza

(1) Vedi *retro*, n. 684.

(2) Cassation, 19 aprile 1854 (*Dalloz*, 1854, I, 293). Confr. Guillouard, n. 193, p. 217-219; Mirabelli, *op. cit.*, n. 32, p. 444-446.

(3) Conf. Laurent, n. 249; Corsi, p. 81.

(4) Cassation, 10 giugno 1861 (*Dalloz*, 1861, I, 361); Duranton, XVIII, n. 355; Ponsot, n. 261; Pont, II, n. 278; Troplong, n. 379; Laurent, n. 249; Aubry et Rau, IV, § 427, nota 4; Mourlon, *Traité des subrogat*, n. 108 e seg.; Guillouard, n. 193, p. 218-219; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1123, p. 542-543; Mirabelli, n. 32; p. 444-446. Contro: Cass. franç., 6 juillet 1896 (*Sirey*, 1897, 1, 5).

(5) Laurent, *loc. cit.*

(6) È quanto non hanno avvertito i citati Baudry-Lacantinerie et Wahl (*loc. cit.*) e neppure il Guillouard, n. 193, p. 218-219, il quale afferma che il fideiussore può esercitare soltanto i diritti del *debitore* da lui garantito, e

Digitized by Google

che essa è collocata non dopo l'articolo relativo al regresso. ma dopo quello relativo al subingresso (1); quindi non sussiste nella detta disposizione alcuna deroga ai principii relativi alla surrogazione stessa (2). E poichè la questione va risolta in base alla disposizione relativa al subingresso, ch'è istituto distinto dal regresso, vale sempre il principio per cui il fide iussore che ha pagato è surrogato per l'intero, e non già *pro parte* anche contro i debitori non garantiti.

700. — S'è anche obbiettato che il subingresso conferisce bensì al surrogato i diritti del creditore, ma soltanto nella misura in cui il suo credito ne è suscettivo, per modo che, potendo l'azione del surrogato avere una estensione diversa da quella del creditore, il fideiussore che ha garantito uno solo dei debitori solidali non può essere surrogato al di là dei diritti del debitore da lui garantito (3).

Ma il credito del fideiussore che ha pagato per uno dei debitori solidali è ben suscettivo di ricevere le azioni e le garanzie del creditore anche contro i debitori non garantiti, perchè il fideiussore agisce contro questi non già come mandatario o *negotiorum gestor*, ma come surrogato nei diritti tutti del creditore, fra i quali vanno compresi quelli contro tutti i condebitori. Infatti il subingresso legale è per sua natura generale, e non si comprende una surrogazione legale ristretta ai diritti che il creditore ha contro uno dei debitori, ad esclusione di quelli che esso ha contro gli altri debitori solidali del medesimo debito.

non già per l'intero, ma *pro parte*, osservando che l'art. 2030 Cod. franc. « n'acorde le recours pour la répétition du total qu'à la caution qui a garanti *tous* les codébiteurs solidaires ».

(1) Anche da questa osservazione il Guillouard, *loc. cit.*, ricava l'erronea conseguenza che l'azione surrogatoria non ha qui una estensione più grande di quella di regresso.

(2) Conf.: Ricci, n. 358; Corsi, p. 180.

(3) Così il Guillouard, n. 193, p. 219, e Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1123, p. 542, i quali ultimi aggiungono che il principio per cui il surrogato non può acquistare con la surrogazione legale un credito superiore al proprio credito, risulta dagli art. 875 e 1214 Codice civ. francese. Ma, come diciamo anche più innanzi, non è lecito argomentare dai rapporti ivi preveduti ai rapporti del fideiussore coi condebitori non garantiti, i quali sono sottoposti a norme speciali.

Digitized by Google

Fu, da ultimo, obbiettato che la fideiussione data per uno dei condebitori solidali non può nuocere agli altri condebitori, mentre nuocerebbe se il fideiussore potesse esercitare un'azione più estesa di quella spettante al condebitore garantito (1). Ma la posizione degli altri condebitori non è affatto danneggiata, poichè essi erano originariamente tenuti per l'intero verso il creditore, per modo che il subingresso muta per essi la persona del creditore, ma lascia immutata l'estensione e le condizioni del loro debito.

Non vale l'obbiettare che per il subingresso accordato al fideiussore, i condebitori non garantiti sono esposti a una azione per l'intero, mentre se il pagamento fosse eseguito dal debitore garantito, questi avrebbe contro gli altri soltanto un'azione divisa. È facile notare che mentre questa divisione dell'azione nei rapporti tra condebitori solidali risulta da un testo espresso (Cod. it., art. 1198 e 1199), non esiste al contrario, alcuna disposizione che imponga tale divisione al fideiussore (2). Il che, del resto, è logico e giuridico, in quanto il fideiussore è obbligato soltanto verso il creditore ma non verso i debitori da lui non garantiti, laddove il debitore che paga è vincolato dalla solidarietà verso tutti gli altri debitori, e quindi non può ripetere da essi se non la porzione di ciascuno, non potendo egli godere del subingresso (3).

(1) Guillouard, n. 193, p. 219; Cassation, 10 juin 1861 (*Dalloz*, 1861, I, 361); Mirabelli, *op. cit.*, n. 32, p. 444-446; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1123, p. 542-543.

(2) Il citato Mirabelli, *op. cit.*, n. 32, p. 444-446, sostiene invece che con l'art. 1917 si è inteso di stabilire un principio speciale, che tende a specificare l'estensione del precedente art. 1916 relativo alla surroga. Che se così non fosse non avrebbe ragione d'essere. « Con esso si è inteso dire che nel caso di garanzia dei debiti solidali, la surroga è contro tutti per l'intero se si è fatta fideiussione per tutti; è parziale contro ciascuno che non fosse stato garantito, concedendosi al fideiussore lo stesso diritto che compete al condebitore pel quale ha pagato, come se avesse pagato direttamente il debitore solidale. È una modificazione fatta al diritto comune, come si è fatta per i diritti dei condebitori fra loro ». In senso contrario a questo autore: Marcadé, Ricci, Ciccaglione (*Enciclop. giurid.*, v.° *Fideiussione*) citati dallo stesso Mirabelli.

(3) Cass. Napoli, 13 novembre 1879 (*Foro it.*, 1880, I, 476) che decise non potersi estendere al debitore solidale il beneficio della surrogazione accordato al fideiussore.

Digitized by Google

701. — Dalla esposta dottrina deriva la conseguenza che il fideiussore, il quale si vale del subingresso, esercitando i diritti del creditore e non già quelli del debitore, i condebitori non garantiti non possono opporgli le eccezioni che avrebbero potuto opporre al debitore garantito, quali, ad esempio, le particolari convenzioni con le quali il debitore garantito avesse liberato taluno dei suoi condebitori (1).

702. — Come il fideiussore può valersi della surrogazione legale, così può stipulare col creditore una *surrogazione convenzionale*. Nel qual caso spetta al fideiussore stesso la surrogazione *per l'intero* contro ciascun debitore, come nel caso della surrogazione legale (2), salvo patto contrario. Perocchè è ben vero che se uno dei condebitori solidali ottiene dal creditore la surrogazione convenzionale, non può tuttavia pretendere dagli altri condebitori nulla più della loro porzione, e ciò in forza del citato art. 1199 Codice italiano (Codice franc., art. 1214). Ma ripetiamo che altri sono i rapporti fra condebitori solidari ed altri i rapporti tra il fideiussore e i debitori solidari non garantiti, essendo che il fideiussore non esercita affatto i diritti del condebitore garantito, ma quelli del creditore.

Si è obbiettato che in tutti i casi nei quali la legge dispone intorno ai diritti di colui il quale paga il debito comune ad altri, o per virtù d'ipoteca, o perchè solidale, o perchè

(1) Conf. Cass. franç., 6 juillet 1896 (*Sirey*, 1897, 1, 5); e conf. inoltre, ma con principî contradditorii, la citata sentenza della Cass. franç., 10 juin 1861 (*Sirey*, 1861, I, 577) che ammise per il fideiussore il *regresso diviso* contro i debitori non garantiti, ma escluse per questi il diritto di opporre al fideiussore le eccezioni provenienti dal debitore garantito, perchè il fideiussore è surrogato nei diritti del *creditore* e non in quelli del debitore. Vedi anche Laurent, n. 249 e 250. Contro: Massé, in una nota alla seconda sentenza sopra citata (*Sirey*, 1861, I, 577-579); Guillouard, n. 194, p. 220; Baudry-Lacantinerie et Vahl, n. 1124, p. 543; nonchè fra gli scrittori meno recenti: Duranton, XVIII, n. 355; Ponsot, n. 261; Troplong, n. 379; Mourlon, *Traité des subrogat.*, n. 108 e seg.; Aubry et Rau, IV, § 427, nota 6; Cass. franç., 19 avril 1854 (*Sirey*, 1855, 1, 17).

(2) Conf., ma per diversi motivi: Duranton, n. 355; Aubry et Rau, IV, § 427 testo e nota 7. Contro: Ponsot, n. 261; Troplong, n. 379; Pont, II, n. 279; Laurent, n. 251; Guillouard, n. 195, p. 222; Mirabelli, *op. cit.*, n. 33, p. 446; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1125, p. 543.

Digitized by Google

indivisibile, si scorge il principio secondo il quale si deve evitare il circuito reciproco di azioni, e quindi il divieto di ripetere da ciascuno degli altri debitori più della quota di ciascuno (es., art. 1029-1031, 1199, 1208). Così dev'essere anche nel caso di un fideiussore che abbia garantito soltanto alcuno fra più debitori principali obbligati in solido (articoli 1917 e 1920). È questo un principio d'interesse generale, assoluto cui non si può derogare col ricorrere alla surrogazione convenzionale, con cui si offende tale principio (1).

Rispondiamo che, per le ragioni già dette, il temuto circuito d'azioni non riguarda il fideiussore, il quale vi sfugge per avere estinto il debito per intero. Perocchè il condebitore solidale che ha pagato non può sottentrare in alcun diritto del creditore verso il fideiussore stesso, essendo che il creditore non può trasmettere ad altri, per subingresso, un diritto che non ha più egli stesso dopo il pagamento eseguito dal fideiussore. In secondo luogo non è lecito argomentare dall'art. 1030 (2) relativo al coerede che in forza dell'ipoteca ha pagato un debito comune agli altri eredi, nè dall'art. 1208 scritto per l'erede del debitore convenuto per la totalità dell'obbligazione indivisibile, perocchè nel silenzio della legge relativamente alla surrogazione convenzionale pattuita tra il creditore e il fideiussore si deve rispettare la libertà contrattuale, in quanto si tratta di un patto che non contiene, come stiamo per dire, nulla di contrario all'ordine pubblico. Nè ha valore l'argomento che si vorrebbe ricavare dall'art. 1199 relativo al condebitore in solido che ha pagato l'intero debito, perocchè tale disposizione è dettata per il caso della surrogazione convenzionale nei diritti del creditore per l'intero. Infondato è poi l'argomento *a contrario* tratto dall'art. 1917 e quello ricavato dall'art. 1920, perocchè in queste disposi-

(1) Così il Mirabelli, *op. cit.*, n. 33, p. 446. Vedi anche Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1125, p. 543, che invocano l'art. 875 Codice francese corrispondente all'art. 1030 Cod. it.

(2) Art. 1030 Cod. civ. it.: « Il coerede che in forza dell'ipoteca abbia pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha regresso contro gli altri coeredi fuorchè per quella parte che ciascuno d'essi deve personalmente sostenere, quantunque il coerede che ha pagato il debito si fosse fatto surrogare nei diritti del creditore ».

Digitized by Google

zioni è contemplato il *regresso*, ma non il *subingresso*. E finalmente non regge l'affermazione che non si possa derogare al principio secondo il quale il fideiussore che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori non garantiti soltanto la rispettiva porzione, perocchè non sussiste alcuna ragione per ritenere che esso sia d'ordine pubblico; per la qual cosa rimane inalterata la libertà contrattuale (1).

703. — Quanto s'è detto vale per il caso di più debitori obbligati solidariamente. Qualora si tratti invece di più debitori unitamente obbligati per lo stesso debito, ma non solidariamente, se il fideiussore che ha garantito per uno di essi paga l'intero, ha il *subingresso* contro ciascuno di loro non più per l'intero, ma soltanto per la parte da ciascuno di essi dovuta; perocchè il fideiussore esercita il subingresso sottentrando nei diritti del creditore. E il creditore, trattandosi di debitori non solidali, avrebbe avuto azione soltanto per la porzione da ciascuno dovuta (2).

704. — L'art. 1920 Cod. civ. it. è scritto per i *confideiussori* nel senso proprio della parola; epperò non è applicabile nei rapporti tra il fideiussore e il terzo che ha ipotecato il proprio fondo per sicurtà dello stesso debito garantito dal fideiussore. Perocchè colui il quale ipoteca un immobile a garanzia d'un debito altrui non è un vero fideiussore, quantunque abbia in comune con questo il fine che è la guarentigia (3).

(1) Questa considerazione condanna anche l'affermazione dei citati Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1125, p. 543, secondo i quali « la surrogazione convenzionale non può produrre effetti più pieni che la surrogazione legale ».

(2) Conf. Corsi, p. 182.

(3) *Retro*. Conf. Mirabelli, *op. cit.*, n. 26, p. 437-438, il quale avverte che la opinione della maggioranza della scuola francese è invece che si debba applicare la disposizione citata, cioè che colui col prezzo del cui fondo è stato soddisfatto il creditore si consideri come un confideiussore.

Digitized by Google

§ 4.

L'azione di rilevazione.

SOMMARIO: 705. Criterio fondamentale.

705. — Col regresso e col subingresso il fideiussore può ottenere dal debitore il rimborso di quanto ha dovuto pagare per lui, mediante o l'*actio mandati* o *negotiorum gestorum* se esercita il regresso, e mediante la surrogazione in tutti i diritti del creditore verso lo stesso debitore quando si vale del subingresso. Ma queste azioni che possono essere esercitate soltanto dopo il pagamento e non prima (1), lasciano il fideiussore esposto al rischio della insolvibilità del debitore, per modo che il fideiussore quando paga non è sicuro di potere ottenere effettivamente il rimborso.

Non basta pertanto assicurare al fideiussore il mezzo per rifarsi di un danno già sofferto, ma è giusto accordargli inoltre un mezzo per prevenire un danno possibile, poichè « melius est intacta jura servari quam post causam vulneratam remedium quaerere » (L. 5, Cod. *in quib. caus.*, 2, 41). Ciò è giusto, perchè il fideiussore, che è obbligato per altri, paga per altri e non deve esser costretto a pagare senza che possa ottenere prima dal debitore una idonea garanzia, quando il debitore stesso non gli procuri addirittura la liberazione. Questa garanzia è il contenuto di quella che i moderni chiamano, coi francesi, azione d'indennità e italianamente azione di rilevazione.

A) — Legislazione comparata.

SOMMARIO: 706. Diritto greco. 707. Legislazione romana. — 708. Diritto barbarico. — 709. Legislazioni statutarie italiane. — 710. Diritto francese anteriore al Codice. — 711. Legislazioni vigenti.

706. — Di un'azione di rilevazione nel senso odierno non troviamo esempi nel diritto attico, nello stato presente

(1) Confr. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1092, p. 528.

Digitized by Google

dei testi. Tutt'al più si può supporre che il fideiussore potesse prendere delle misure conservative riguardo al debitore.

Per premunirsi contro il rischio di dover pagare per il debitore, sembra infatti che il fideiussore avesse la facoltà di prendere talune misure di conservazione per prevenire lo inadempimento dell'obbligazione garantita ed evitare l'azione creditoria. Induce, ad esempio, in tale opinione il fatto che nella fideiussione *judicio sistendi causa*, i fideiussori, secondo Senofonte (1), per assicurare la comparizione dell'accusato e impedirgli di fuggire, potevano farlo arrestare.

707. — Si trova invece l'origine dell'azione preventiva di rilevazione nella legislazione romana che l'accordava al fideiussore in quattro casi, tre dei quali contenuti nella legge 10, Cod. *mandati vel contra*, IV, 35, e uno aggiunto nella L. 38, § 1, D. *eod.*, tit. XVII, 1; e cioè al principio per cui il fideiussore non poteva agire contro il debitore se non dopo aver pagato, si faceva eccezione:

1° Quando il fideiussore era stato condannato a pagare;

2° Quando il debitore aveva cominciato a dissipare le sue sostanze in modo da far nascere nel fideiussore una *justa metuendi causa*;

3° Quando il debitore s'era obbligato a liberare il fideiussore dalla garanzia entro un certo tempo;

4° Se la fideiussione durava da un tempo considerevole che la citata L. 38, § 1, D. *h. t.* non determinava precisamente, e la Glossa fissava in dieci anni « vel verius arbitrio judicis », mentre Bartolo lo fissava in due o tre anni.

I quali casi risultano dai testi citati:

« Si pro ea contra quam supplicas fideiussor, seu mandator intercessisti et neque condemnatus es, neque bona sua dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam praebeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse ut eam possis et ante solutionem convenire; nulla ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est » (L. 10, Cod. cit.).

(1) Senofonte, *Stor. grec.*, I, 7, 39. Consulta Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 476.

Digitized by Google

« . . . . . Nec tamen semper expectandum est ut solvat, aut judicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit . . . . . » (L. 38, § 1, D. cit.).

708. — Nel diritto barbarico il fideiussore godeva di una facoltà che, senza potersi confondere con la moderna azione di rilevazione, da cui si distingue per la ragione informatrice, per le modalità e l'estensione, ha tuttavia comune con questa azione lo scopo, che era quello di agire contro il debitore vero, anche prima d'aver pagato. Vogliamo cioè alludere al diritto riconosciuto dalle leggi longobardiche e dalla legge dei Burgundi (1), per il quale, se il creditore invitava il fideiussore a pagare, questi poteva impadronirsi dei beni mobili del debitore, per consegnarli in pagamento al creditore, mentre il debitore era colpito da una pena se vi si opponeva. Se non che la ragione di tale diritto non era già, come per la moderna azione di rilevazione, l'intenzione di recare direttamente un vantaggio al fideiussore; ma piuttosto era lo scopo di assicurare direttamente al creditore un più pronto soddisfacimento (2).

Più strette attinenze con l'odierna azione di rilevazione, aveva nel diritto francese dell'epoca feudale, la facoltà spettante al fideiussore, secondo parecchie consuetudini, per la quale il *plége*, in taluni casi, aveva il diritto di agire contro il debitore anche prima di aver pagato il debito. Il che avveniva: 1° se così si era pattuito fra debitore e fideiussore; 2° se il debito risaliva a un'epoca molto remota; 3° se il fideiussore era già stato condannato a vantaggio del creditore; 4° se il debitore dissipava il suo patrimonio (3).

709. — Elementi parziali dell'odierna azione di rilevazione abbiamo trovato altresì in più statuti delle città italiane, che dettarono regole minuziose e severe per tutelare gli interessi dei garanti, in quanto questi correndo il rischio di dover pagare in luogo del vero debitore, devono, per le

(1) Leggi di Liutprando, cap. 40; Legge dei Burgundi, tit. XIX, § 9.

(2) Confr. Calisse, *Storia del dir. it.*, III, n. 213, p. 329-330.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. II, F, n. 1167, p. 443; *Livre des droiz et des commandemens*, t. I, n. 194, p. 391.

Digitized by Google

disposizioni statutarie, essere liberati o mantenuti indenni dal debitore stesso, sotto pene di varia natura, comminate ai debitori e ai loro eredi che non ottemperano a tale obbligo.

Secondo qualche Statuto se il fideiussore viene citato, egli può subito convenire il debitore principale; il quale viene detenuto se non possiede beni stabili « quae sine controversia emptorem invenire possint »; se invece li possiede, viene pignorato « pro quantitate pro qua constiterit ipsum fideiussorem » (1).

Per alcuni Statuti il debitore può esser costretto a liberare il fideiussore, scaduto il termine indicato per il pagamento, nell'obbligazione garantita (2).

E se in questa obbligazione non è indicato alcun termine, il debitore è tenuto a liberare il fideiussore dentro un tempo, variabile a seconda degli Statuti, e decorrendo dal tempo dell'assunta fideiussione. Per taluni Statuti questo tempo è di un anno (3).

(1) *Statuti di Trento* pubblicati da T. Gar, cap. 73. Confronta: *Statuti di Reggio* confermati nel 1500-1501, lib. II, cap. 32, i quali autorizzano anche essi il fideiussore citato a convenire subito il debitore, e ordinano la detenzione e il pignoramento dei beni del debitore fino a concorrenza della garanzia a vantaggio del fideiussore che dev'essere conservato indenne anche se, citato, non ha ancor pagato.

(2) *Statuti antichi di Piacenza,* confermati nel 1391, lib. III, rubr. 23; *Statuti di Bobbio,* rubr. *De fideiussore et intercessore*; *Statuti di Trento* pubblicati da T. Gar, cap. 69. Questi ultimi Statuti pongono una eccezione: « Et praedictum Statutum non vendicet sibi locum in fideiussoribus tutorum vel curatorum, sed habeant principales terminum anni a tempore finitae tutelae, vel curae, ad extrahendum fideiussorem de fideiussoria... Et idem intelligatur de fideiussore fideiussoris, et sic in infinitum ». *Statuti di Arezzo* (*Liber statutorum Arretii,* Florentiae, 1580), lib. II, rubr. 33; *Statuti di Lodi* del secolo XIV, rubr. *Quod fideiussores* etc. Confronta *Statuti di Firenze,* raccolti nel 1415, to. I, lib. II, rubr. 33.

(3) *Statuti antichi di Piacenza,* confermati nel 1391, *loc. cit.*; *Statuti di Parma* del 1494, lib. II, fo. XC, *Quid ordinatum est in favorem fideiussorum* (Parma, 1494); *Statuti di Bobbio, loc. cit.*; *Statuti di S. Colombano,* del 1374, stat. 36, *De fideiussoribus exonerandis*; *Statuti di Cremona,* approvati nel 1390, rubr. 353, i quali eccettuano la fideiussione prestata per la tutela e la cura e aggiungono: « quod principalis non possit dicere ullo modo volo solvere de bonis meis, et intelligatur etiam fideiussor qui probare possit per testes, vel instrumenta, vel aliter promissionem sibi factam de conservando ipsum indemnem ».

Digitized by Google

Altri Statuti impongono invece al debitore di conservare indenne il fideiussore dopo che questi rimase obbligato per tre anni, o dopo che sofferse per il debitore qualche danno (1); e qualche Statuto prescrive al debitore di liberare il fideiussore dopo che questi rimase obbligato *ultra biennium* (2); mentre per altri Statuti il fideiussore, se è stato citato dal creditore, dev'essere immediatamente liberato, e se non è stato citato dev'essere liberato dopo che sono trascorsi due mesi dal giorno della fideiussione (3), e per altri ancora il fideiussore che intercedette per un'obbligazione assunta « pure in diem, vel sub conditione », dev'essere liberato dal debitore o conservato indenne: « elapso mense post eventum diei vel conditionis » (4).

Finalmente qualche Statuto obbliga il debitore a liberare il fideiussore, a seconda dei casi, o dopo trascorsi dieci anni dal tempo in cui il fideiussore si obbligò, oppure dopo che il fideiussore rimase obbligato per lo spazio di sei mesi decorrendi dal giorno in cui egli poteva essere citato in giudizio, anche se il creditore prorogasse il termine per pagare oltre i sei mesi (5).

Qualche Statuto segue bensì il principio per cui il debitore deve liberare il fideiussore al termine contenuto nell'obbligazione; ma dichiara che se nell'obbligazione non è apposto alcun termine, si deve fissare un termine al debitore, ad arbitrio del giudice, per liberare il fideiussore: « dum tamen terminus ipse duos menses non transeat a die obligationis » (6).

Non mancano esempi di Statuti che impongono al debitore di liberare il fideiussore dall'obbligazione anche prima della scadenza del debito, qualora, per circostanze determinate, il fideiussore possa ragionevolmente temere di dover pagare, senza possibilità di regresso, come nel caso in cui si

(1) *Statuti di Bergamo,* collatio III, cap. LIII.

(2) *Statuti di Ferrara,* riformati nel 1566, lib. II, § 136.

(3) *Statuti di Arezzo* (*Liber statutorum Arretii,* Florentiae, 1580), lib. II, rubr. 33.

(4) *Statuti di Crema,* del 1534, lib. II, rubr. *Quod debitores teneantur extr.*

(5) *Statuti di Forlì,* riformati nel 1613 e approvati nel 1615, lib. V, rubr. 18.

(6) *Statuti di Belluno,* riformati nel 1424, lib. II, cap. 109.

Digitized by Google

dubiti della fuga del debitore, o in cui questi volge *ad inopiam*, o comincia ad abusare delle sue sostanze (1) oppure: « si debitor principalis venerit ad paupertatem vel ceperit male uti substantia sua, vel ipse fideiussor extiterit iam condemnatus vel ei praeceptum de solvendo factum fuerit, vel dies solvendo pecuniae pro qua intercessit transactus fuerit » (2).

Per qualche Statuto poi, il fideiussore ha diritto di essere tenuto indenne dal debitore, anche prima di essere stato condannato, ed anche se egli non è obbligato come fideiussore da lungo tempo, ed anche se il debitore non dissipa i suoi beni. Eguale obbligo di tenere indenne il fideiussore sussiste se questi ha pagato. E lo stesso giudice che procede contro il fideiussore ad istanza del creditore, deve procedere « eodem modo et forma » ad istanza del fideiussore contro colui per il quale questi prestò garanzia (3).

710. — Il diritto francese anteriore al Codice aveva conservate le esposte eccezioni del diritto romano, ma le aveva modificate e accresciute di altre eccezioni.

Riguardo alla prima eccezione non si richiedeva infatti la condanna del fideiussore, ma si riteneva sufficiente che egli fosse « poursuivi » ossia, appena il fideiussore era convenuto

(1) *Statuti municipali di Crema* del 1534, lib. II, rubr. cit., i quali però fanno un'eccezione per i fideiussori *de evictione* « Et quod supra dictum est de fuga et suspitione non vendicet sibi locum in fideiussoribus de evictione ».

(2) *Statuti di Parma* del 1494, lib. II, fo. XC, *Quid ordinatum est in favorem fideiussorum.*

(3) *Statuti di Roma* del secolo XIV, pubblicati da C. RE, lib. I, § LXIX, « Fideiussores aut expromissores qui se obligaverint pro aliquo possint compellere principalem aut eius heredes, ut eos extrahat de piariis seu fideiussoribus vel expromissis, et ut det eis fideiussores ydoneos, de conservando eos indempnes, et hoc fieri possit etiam antequam fideiussor vel expromissor sit condempnatus, vel si diu non steterit in obligatione vel etiam si principalis non dilapidet bona sua ..... et si solverit fideiussor non obstante temporis longinquitate similiter principalem vel eius heredem cogere teneatur, ut conservet solventem indempnem. Hoc addito quod per eumdem iudicem per quem ad instantiam creditoris proceditur contra fideiussores vel expromissores, eodem modo et forma procedatur ad instantiam fideiussoris contra illum pro quo intercessit si fideiussor vel intercessor voluerit ». Per la liberazione dei *fideiussores forensium* vedi Statuti citati, lib. I, § LXIX, § 1, e per la liberazione dei *fideiussores nobilium* vedi gli stessi Statuti, *loc. cit.*, § 2.

Digitized by Google

in giudizio dal creditore, poteva ed anzi doveva citare il debitore come suo garante (1).

Secondo una dottrina il fideiussore poteva persino agire contro il debitore prima di essere convenuto in giudizio, per il solo fatto che il debito era scaduto, ed ancorchè il creditore nulla domandasse (2).

Riguardo alla terza eccezione ammessa dalla legislazione romana, mentre la legge romana esigeva che la convenzione con cui il debitore si obbligava di liberare, entro un certo tempo, il fideiussore, fosse intervenuta al tempo del mandato « ab initio », nel diritto francese precedente il Codice, nulla importava che tale convenzione fosse intervenuta al tempo del contratto o dopo (3).

Circa la quarta eccezione « si diu in solutione reus cessabit », non avendo la legge romana determinato il tempo e di fronte al disparere dei giureconsulti antichi circa tale durata (due, tre, o dieci anni) (4), si riteneva che a questo riguardo nulla potesse definirsi, ciò dipendendo dalle circostanze, e che si dovesse rimettersi all'arbitrio del giudice (5).

Oltre a queste eccezioni il diritto francese, precedente il Codice, ne ammetteva altre: ad esempio, se il debitore non pagava gli interessi e li lasciava accumulare col capitale, il fideiussore poteva domandare la sua liberazione (6). Anticamente si riteneva che il fideiussore avesse tale diritto anche se qualche inimicizia capitale sopravveniva tra lui e il debitore, ed anche nel caso in cui il fideiussore voleva « faire long voyage »; ma queste due eccezioni caddero poi in dissuetudine (7).

711. — La disposizione relativa all'azione di rilevazione è contenuta nel Cod. francese all'art. 2032, che determina i casi in cui il fideiussore anche prima d'aver pagato « peut agir

(1) Pothier, n. 442.

(2) Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 3; Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. I, chap. V, sect. III, § 15.

(3) Pothier, n. 442.

(4) Vedi *retro*, n. 707.

(5) Pothier, *loc. cit.*

(6) Domat, *op. loc. citt.*

(7) Vedi Guillouard, n. 197, p. 225, con gli autori ivi citati.

Digitized by Google

contre le débiteur pour être par lui indemnisé ». Disposizione ripetuta nel Cod. ital., art. 1919, con le espressioni : « il fideiussore anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato », conformemente ai Codici abrogati : delle Due Sicilie, art. 1904 ; parmense, art. 2061 ; sardo, art. 2069 ; estense, art. 2049. Conformi al Cod. francese sono i Codici vigenti : neerlandese, art. 1880 ; della Luigiana, articolo 3025 ; di Haiti, art. 1796.

Il contenuto dell'azione in discorso è adunque per i detti Codici il diritto del fideiussore di essere « *indemnisé* », ossia « *rilevato* » dal debitore.

Per altre legislazioni il detto contenuto è variamente precisato. Così per il Codice austriaco, § 1365, il fideiussore nei casi ivi previsti ha diritto « di esigere dal debitore una cauzione pel debito da esso assicurato ».

Per il Codice portoghese, art. 844, il fideiussore, sempre nei casi previsti, può esigere « che il debitore paghi il debito o lo liberi dalla fideiussione ».

A norma della legislazione spagnuola, art. 1843, il fideiussore può agire contro il debitore « per farsi rilevare dalla sua fideiussione, o per ottenere una garanzia che lo metta al sicuro contro le domande del creditore e il pericolo dell'insolvibilità del debitore ».

Per il Codice generale del Montenegro, art. 466, il fideiussore che si è vincolato su domanda del debitore o col suo consenso, può esigere, nei casi ivi determinati, sia che il debitore lo liberi dalla obbligazione, sia che gli fornisca una garanzia certa che egli non soffrirà alcun danno.

Di un diritto ad esigere delle garanzie e del diritto di esser rilevato nei casi contemplati parla anche il Codice baltico (1).

A termini della legislazione chilena, art. 2369, del Codice dell'Uruguay, art. 2089, e della columbiana, articolo 2394, il fideiussore ha diritto di esigere che il debitore gli procuri la rilevazione o gli dia garanzia o gli consegni i mezzi di pagamento.

Parzialmente diversa è la disposizione del Codice del Gua-

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe,* II, n. 1378, p. 453-454.

Digitized by Google

temala (art. 2235), per il quale il fideiussore può prima d'aver pagato esigere « che il debitore assicuri il pagamento o lo rilevi dalla fideiussione, dandone un'altra che soddisfaccia pienamente il creditore ».

A termini del Codice argentino (art. 2026), il fideiussore può domandare nei casi previsti « el embargo » dei beni del debitore o la esonerazione dalla fideiussione.

Il Codice federale svizzero dalle obbligazioni (art. 511), autorizza il fideiussore ad esigere nei casi contemplati « delle garanzie dal debitore principale ».

Secondo il Codice germanico vigente (§ 775), se il fideiussore ha garantito per mandato del debitore principale o se a lui, per l'assunzione della fideiussione, spettano verso il debitore principale, secondo le disposizioni sulla gestione senza mandato, i diritti di un mandatario, egli può pretendere dal debitore principale di essere liberato dalla fideiussione. Se la obbligazione principale non è ancora scaduta, il debitore principale può, invece di liberare il fideiussore, prestargli sicurtà (1).

Il Codice giapponese (art. 460) accorda al fideiussore che s'è vincolato dietro mandato del debitore, la facoltà di agire in anticipazione verso lui nei casi determinati, con facoltà nel debitore sia di accordare al fideiussore delle garanzie, sia di procurargli la liberazione verso il creditore (2).

Notiamo, da ultimo, che le legislazioni moderne ammettono l'azione in discorso in casi che presentano qualche variante tra l'uno e l'altro Codice, siccome appare dall'esame che stiamo per fare.

(1) Müller und Meikel, *op. cit.*, I, § 148, p. 399; Endemann, *op. cit.*, I, § 192, p. 775; Enneccerus und Lehman, *op. cit.*, I, § 326, p. 699-700 e gli altri commentatori citati nella presente opera a pag. 64, nota 1, sul citato § 775. Confronta *Landrecht* prussiano, § 357, per il quale il fideiussore anche prima della scadenza del debito può domandare al debitore di essere liberato nei casi ivi previsti; e il Codice bavarese, § 17, che disponeva nello stesso senso, relativamente ai casi ivi contemplati.

(2) Va poi notato che per l'art. 461 dello stesso Codice giapponese, allorchè il fideiussore ottiene delle indennità dal debitore, questi può « tant que le créancier n'est pas pleinement désinteressé, exiger de la caution qu'elle lui fournisse des garanties ou qu'elle lui procure sa libération envers le créancier » (trad. cit.).

Digitized by Google

B) — Scopo dell'azione di rilevazione.

SOMMARIO: 712. Critica delle espressioni scritte nella disposizione relativa all'azione di rilevazione. — 713-714. Contenuto dell'azione di rilevazione. — 715. Esclusione della rilevazione contro i danni di cui il fideiussore non potrebbe esigere la riparazione neppure col regresso.

712. — Fu mossa una critica al linguaggio adoperato dal legislatore francese, il quale qualifica l'azione di rilevamento siccome azione « pour être... indemnisé ». Perocchè il vocabolo *indennità* presuppone un danno sofferto e un compenso, mentre qui non si ha ancora un danno, ma soltanto un timore di danno che si vuol prevenire (1).

La critica tuttavia se è fondata sotto l'aspetto linguistico, non ha fondamento sotto l'aspetto giuridico, perchè la parola indennità non ha qui lo stesso significato che le attribuisce l'uso corrente in cui esprime riparazione di un danno sofferto, ma ha invece un senso particolare col quale era adoperata nel diritto antico, dove esprimeva non già il rifacimento di un danno provato, ma la garanzia contro un danno eventuale (2). Tale era il senso della frase « acte d'indemnité » (3). Significato speciale che la parola indennità ha altresì nella lingua italiana dove essa oltre che rifacimento di danno, esprime anche l'atto con cui taluno promette di mantenere illesa qualche persona da qualsiasi perdita o danno che le possa venire (4).

Il legislatore italiano ha sostituito al verbo indennizzare il verbo *rilevare* dicendo, che il fideiussore anche prima d'aver pagato può agire contro il debitore per essere da lui *rilevato* (art. 1919).

Ma non diverso è il significato, essendo che anche l'espres-

(1) TROPLONG, n. 391; AUBRY et RAU, IV, § 427, nota 21; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1101, p. 533.

(2) È quanto non ha avvertito il GALDI, n. 148, p. 152.

(3) GUILLOUARD, n. 205, p. 232, che cita FERRIÈRE, *Dictionn. de droit et de pratique*, v.° *Indemnité*.

(4) FANFANI, *Vocabolario della lingua ital.*, v.° *Indennità*.

Digitized by Google

sione rilevare una persona vale tenerla immune da un danno che essa può ricevere nei suoi averi.

713. — Da quanto precede, risulta che l'azione di rilevamento, spettante al fideiussore, ha per iscopo di assicurare il fideiussore contro l'eventualità di dover pagare senza possibilità di rimborso; e ciò mediante una domanda giudiziale che lo stesso fideiussore può proporre in base alla riferita disposizione, per la quale il fideiussore « può agire contro il debitore, ecc. ».

Dietro tale domanda il fideiussore può ottenere o la liberazione dalla garanzia mediante pagamento del debito da farsi dal debitore al creditore, oppure mediante esonero dalla fideiussione procurato dal debitore al fideiussore; ovvero delle garanzie atte ad assicurarlo che se egli dovrà pagare non dovrà rimetterci del proprio. Al che può servire, ad es., sia un deposito cauzionale, sia un pegno, una ipoteca, una fideiussione, un sequestro conservativo (1). Spetta all'autorità giudiziaria di determinare il genere della garanzia più idonea, secondo le circostanze (2).

Abbiamo detto che mediante l'azione di rilevazione il fideiussore può ottenere o che il debitore gli procuri la liberazione dall'obbligazione fideiussoria mediante pagamento al creditore, o mediante esonero dalla fideiussione, oppure delle idonee garanzie (3). Perocchè è errata l'opinione secondo la

(1) Galdi, n. 148, p. 153 — Corte d'app. Venezia, 19 marzo 1894, riferita dal Senigaglia in nota ad una sentenza della Cass. di Firenze, 9 maggio 1895 (*Foro it.*, 1895, I, 658).

La questione di diritto cambiario se l'avallante possa esigere dall'avallato una cauzione, a termini dell'art. 1919, Cod. civ., anche prima d'aver pagato, è controversa. Per l'affermativa vedi: Cass. Torino, 27 marzo 1895 (*Foro it.*, 1895, 660); Id., 27 giugno 1895 (*Ivi*, 1895, 1206). Per la negativa: Vivante, *Trattato di dir. comm.*, IV, parte 1ª, n. 1700, p. 136-137.

(2) In senso diverso: Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1102, p. 533, i quali opinano che il debitore, obbligato soltanto a premunire il fideiussore contro un pagamento senza regresso, ha la scelta del modo con cui va assicurato il fideiussore. In senso conforme al testo: Duranton, n. 359; Ponsot, n. 266; Troplong, n. 391 e 392; Pont, II, n. 299; Laurent, n. 259; Guillouard, n. 206.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1102, p. 533; Guillouard, n. 206, p. 233 « La caution pourra obtenir soit sa décharge, soit des garanties... ». Confr. Borsari, art. 1919, n. 1. In senso diverso: Galdi, n. 148, p. 153, il

Digitized by Google

quale lo scopo dell'azione in discorso dovrebbe consistere unicamente nella concessione di una garanzia al fideiussore. La portata dell'azione di rilievo è più vasta siccome risulta anche dall'esposto sviluppo storico: con essa il fideiussore chiede al debitore di essere tenuto immune da un danno che eventualmente può ricevere; tale è il senso del verbo *rilevare*, come s'è veduto. Il debitore pertanto può bensì essere obbligato a rilevarlo con idonee garanzie, ma può anche essere costretto, in date contingenze ed ove il giudice lo ritenga conveniente, a procurargli addirittura la liberazione dalla fideiussione che è in sostanza il mezzo più sicuro per evitare al fideiussore ogni danno. E nell'esame dei casi in cui la legge consente l'esercizio dell'azione di rilievo vedremo, fra poco, come in talune contingenze, e specialmente in materia di fideiussione per rendite costituite, il rilievo del fideiussore mediante la liberazione sia il modo più naturale, benchè non unico, col quale può applicarsi l'azione di rilevazione.

Con ciò l'azione di rilevazione non si confonde menomamente con l'azione di regresso; perocchè quando si dice che con essa il fideiussore può ottenere o una garanzia o la liberazione, non si afferma, anzi si esclude che il fideiussore possa costringere il debitore a pagare a lui una somma eguale all'ammontare dell'obbligazione garantita. Infatti il fideiussore non ha ancora sofferto un danno effettivo non avendo egli ancor pagato, ma soltanto teme di provare un danno futuro; epperò fino a quando questo timore non sia diventato una realtà, il debitore non può esser costretto a pagare *al fide-*

quale erroneamente limita gli effetti dell'azione di rilievo alla sola concessione di garanzie da farsi al fideiussore: « Nei casi indicati dall'articolo in esame, il fideiussore chiede giudiziariamente di essere posto al sicuro dal pericolo della possibilità di non poter esercitare l'azione di regresso, qualora se ne avverasse il caso; ed il magistrato ordinerà quel mezzo cautelativo che crederà opportuno sia sull' indicazione del fideiussore sia sull' indicazione dello stesso debitore. Come un' ipoteca, un deposito di somme per cauzione, ed anche un fideiussore da darsi al fideiussore, ed anche un pegno o un sequestro conservativo ».

In senso diverso ancora ed erroneo esso pure: Laurent, n. 258, il quale fondandosi sulla locuzione *indennità* fa della disposizione in esame una inesatta interpretazione restrittiva che limita il diritto del fideiussore ad una indennità da liquidarsi dal magistrato.

Digitized by Google

iussore la detta somma. Altrimenti il contenuto dell'azione di rilievo sarebbe eguale, sotto questo aspetto, a quello della azione di regresso. Ma altro è il dire che il debitore non può esser costretto a pagare il debito *al fideiussore*, ed altro è l'affermare che il fideiussore non possa esigere che il debitore o gli dia una garanzia o paghi il debito direttamente *al creditore*. E quando si verifichi quest'ultimo modo di rilievo mediante *liberazione*, in nessun modo l'azione di rilievo si confonde con quella di regresso, poichè questa tende non a ottenere la liberazione mediante il pagamento fatto dal debitore al creditore, ma il rimborso dello sborsato, mediante un pagamento da eseguirsi dal debitore al fideiussore.

714. — Posto ciò, non potendo il fideiussore sostituirsi al creditore per esigere dal debitore il pagamento diretto del debito, il fideiussore stesso non può procedere esecutivamente contro lui a tale scopo (1), ma può invece, al fine di garantirsi contro i danni cui potrebbe esporlo la sua obbligazione fideiussoria, ottenere giudizialmente o la liberazione oppure una garanzia, come un sequestro conservativo (2). Il che esclude la necessità di obbligare il debitore a pagare una indennità attuale se non fornisce al fideiussore la liberazione o garanzie diverse dal detto sequestro (3).

È poi certo che il fideiussore non ha diritto di esercitare, sul fondamento della disposizione in esame, le azioni del creditore contro il debitore, perocchè tale disposizione accorda una azione di rilevamento al fideiussore che non ha ancora pagato, mentre non fa parola di un subingresso anticipato nei

(1) Cass. Firenze, 9 maggio 1895 (*Foro it.*, 1895, I, 658) e per adesione: Senigaglia, in nota ivi; Corte d'app. Venezia, 19 marzo 1894, riferita dal citato autore nella nota accennata, e confermata dalla citata sentenza della Cass. fiorentina. Confronta: Corte di Bordeaux, 22 febbraio 1832 (*Dalloz*, *Rép.*, n. 261); Guillouard, n. 206, p. 233. Contro: Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1102, p. 533-534.

(2) Confr. Cass. Palermo, 25 giugno 1892 (*Foro it.*, 1892, I, 1256).

(3) In senso diverso: Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1102, p. 533, i quali insegnano che se il debitore non fornisce o la liberazione o garanzie sufficienti, il fideiussore può domandare un'indennità attuale « car les deux moyens... supposant le consentement du débiteur, il faut bien que la caution puisse se passer de ce consentement ». Ma a tale scopo il magistrato può autorizzare il sequestro conservativo di cui parliamo nel testo.

Digitized by Google

diritti del creditore; subingresso che, d'altronde, presuppone che il fideiussore abbia già pagato (Cod. italiano, art. 1916 citato) (1).

715. — Si avverta poi che lo scopo principale della azione di rilievo essendo quello di evitare che rimangano compromesse le sorti dell'azione di regresso, il fideiussore non può con essa pretendere di essere garantito contro quei danni di cui non potrebbe esigere la riparazione neppure con l'azione di regresso, qualora già avesse pagato.

Ne segue che con l'azione di rilevamento il fideiussore può bensì, nel concorso delle volute condizioni, esigere di essere cautelato contro i danni che dovrà inevitabilmente sopportare per procurarsi i mezzi con cui pagare il debito al creditore se e quando dovrà pagarlo; perocchè di questi danni il fideiussore, qualora avesse già pagato, potrebbe chiedere il rifacimento con l'azione di regresso (2). Ma se il fideiussore ha avuto un danno, ad es., perchè, essendo inadempiente fu costretto per ottenere una dilazione, a sostituire un pegno convenzionale al pegno giudiziale ottenuto dal creditore mediante un procedimento esecutivo impreso contro di lui, il fideiussore stesso non può agire per questo danno con l'azione di rilievo, perocchè di tale danno non avrebbe potuto farsi risarcire neppure con l'azione di regresso, qualora avesse già pagato (3), trattandosi di danno imputabile alla sua inadempienza.

C) — Cause determinanti o escludenti l'azione di rilevazione.

Sommario: 716. Casi in cui spetta al fideiussore l'azione di rilievo. — 717. Liberazione convenzionale del fideiussore. — 718-719. Continuazione. — 720. Domanda giudiziale del pagamento. — 721. Esigibilità del debito. — 722. Insolvenza e fallimento del debitore. — 723. Continuazione. — 724. Mancanza di un termine fisso per la scadenza del debito. — 725. Regola relativa al caso in cui l'obbligazione principale ha un termine fisso per la scadenza. — 726. Regola relativa al caso in cui l'obbligazione principale è di tal natura che non si può estinguere prima di un tempo

(1) Laurent, n. 261 — Cass. franc., 19 dicembre 1872 (*Dalloz*, 1873, I, 38).
(2) Vedi *retro*.
(3) Confr. Cass. Roma, 1 giugno 1883 (*Legge*, 1883, II, 39).

Digitized by Google

determinato. — 727. Applicazioni della regola precedente. — 728. Regola relativa al caso del fideiussore di una rendita costituita. — 729. Tassatività dei casi contemplati dalla legge. — 730. *Quid juris* se il fideiussore in luogo di domandare la rilevazione paga il debito non ancora scaduto e ne chiede il rimborso? — 731. Nostra opinione. — 732. Esclusione dell' azione di rilievo quando il creditore agisce direttamente contro il debitore.

716. — Esaminiamo ora i casi in cui spetta al fideiussore l'azione di rilievo a termini della disposizione in esame.

Tale azione nasce o come conseguenza di una convenzione interceduta fra debitore e fideiussore, o per determinazione diretta di legge, come effetto di contingenze speciali, tali da mettere in pericolo i diritti del fideiussore, se questi dovesse pagare.

717. — 1° *Liberazione convenzionale del fideiussore.* — Della prima specie è il caso che si verifica allorquando il debitore siasi obbligato di liberare il fideiussore dalla sicurtà in un tempo determinato, e questo sia scaduto (Cod. italiano, art. 1919, n. 3; franc., art. 2032, n. 3). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1904, n. 3; parmense, articolo 2061, § 4; sardo, art. 2069, n. 3; estense, art. 2049, n. 3; e le legislazioni vigenti: neerlandese, art. 1880, n. 3; portoghese, art. 844, n. 4; spagnuolo art. 1843, n. 3; della Luigiana, art. 3025, n. 3; di Haiti, art. 1796; chileno, art. 2369, n. 2; dell'Uruguay, art. 2089, n. 4; messicano, art. 1870, n. 4; del Guatemala, art. 2235, n. 3; columbiano, art. 2394, n. 2.

A norma del Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 511, n. 1, il fideiussore può « esigere delle *garanzie* dal debitore » se questi viola le stipulazioni con esso conchiuse e specialmente se non mantiene la promessa di liberarlo entro un certo termine (1).

Qui la legge non crea, ma dichiara semplicemente l'effetto di una privata convenzione in cui nulla vi è di con-

(1) Il caso in discorso non è contemplato nel diritto russo. Il Codice baltico accorda invece al fideiussore il diritto d'esser rilevato in un caso differente, ossia quando il fideiussore ha assunto la sua obbligazione in seguito ad un affare cui egli ha poi rinunciato: Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1378, p. 454.

Digitized by Google

trario all'essenza e ai fini della fideiussione. Il debitore può essere convenuto dal fideiussore con l'azione di rilievo perchè egli essendosi obbligato di liberare il fideiussore in un termine fisso, non deve poter sfuggire alle conseguenze di tale patto. Trascorso adunque il tempo stabilito, il fideiussore può esigere dal debitore o che questi gli ottenga dal creditore la detta liberazione, o che il debitore stesso depositi la somma necessaria a estinguere il debito, o che gli dia altre cautele idonee a preservarlo da un danno eventuale.

718. — È poi indifferente, per il diritto odierno, che la detta convenzione tra il debitore e il fideiussore intervenga al tempo del contratto di fideiussione, o posteriormente, essendo a tale riguardo cessate le distinzioni che si facevano in diritto romano (1).

Nè rileva che il creditore possa avere interesse a mantenere lungamente in vita l'obbligazione garantita, e con essa la fideiussione. A questo riguardo, anteriormente alle odierne legislazioni, si dubitò se il fideiussore di una rendita potesse obbligare il debitore a redimerla qualora fosse intervenuta una convenzione tra il fideiussore ed il debitore con la quale questi si fosse obbligato di liberare il primo dentro un tempo determinato. Si affermava, per la negativa, che tale convenzione è contraria alla natura delle rendite costituite, essendo nella loro essenza che il debitore non possa mai essere forzato a redimerle. Che se tale convenzione fosse permessa si aprirebbe il varco alle frodi dei creditori i quali, per procurarsi la facoltà di costringere i debitori della rendita a redimerla, acquisterebbero la rendita soltanto con la condizione segreta che si facesse intervenire un fideiussore ad essi fedele, col quale il debitore avesse la convenzione di redimere la rendita entro un certo tempo; e così i creditori si procurerebbero rendite usurarie senza alienare il fondo e il capitale (2).

Ma fu risposto che se è nella essenza delle rendite costituite che il debitore non possa essere costretto *dal creditore* a redimerle, nulla vieta che possa esservi costretto da un terzo. La frode poi non si presume mai; e se per la possi-

(1) Consulta Pothier, n. 443.

(2) Così riassume Pothier, n. 444, tale dottrina, ch'egli combatte.

Digitized by Google

bilità della frode la detta convenzione fosse vietata, ne risulterebbe un male peggiore, cioè che spesso le persone non troverebbero il denaro di cui abbisognano per mancanza di fideiussori disposti a contrarre un'obbligazione la cui durata non sarebbe limitata. Per la qual cosa il fideiussore può, scaduto il termine convenuto, esigere dal debitore che gli ottenga la liberazione, e che a questo scopo egli riscatti la rendita (1).

Per il diritto odierno il quale ha la esplicita disposizione su riferita, non può esser dubbio che, data la convenzione in discorso, il fideiussore ha, in ogni caso e quindi anche nel caso di una rendita da lui garantita, il diritto di esigere dal debitore che questi gli procuri la liberazione oppure idonee cautele (2). Soluzione fondata sul testo della legge e giustificata dalla ragione già esposta per stabilirne il fondamento giuridico.

719. — Qualora poi accada che il fideiussore, dopo aver convenuto col debitore che questi lo libererà dentro un tempo determinato, divenga erede unico del creditore della rendita, oppure diventi erede di una parte della sostanza di tale creditore, ma la rendita, per effetto della divisione, entri nella sua quota, il fideiussore non può pretendere dal debitore nè la redenzione della rendita, nè esigere delle garanzie, essendo che non potendo egli essere fideiussore verso sè stesso, la fideiussione rimane estinta, nè è possibile il pretenderne la liberazione dal debitore (3).

Per la stessa ragione il fideiussore non può esigere la redenzione della rendita nè pretendere delle cautele, allorchè diventi proprietario della rendita stessa a titolo di donazione o di legato, estinguendosi anche in tal caso la fideiussione (4).

720. — 2° *Domanda giudiziale del pagamento*. — L'azione di rilievo sorge in secondo luogo per determinazione di legge, quando il fideiussore sia convenuto giudizialmente per il pagamento (Cod. it., art. 1919, n. 1; franc. art. 2032, n. 1).

(1) Dumoulin, *Tract. de usur*. qu. 30.
(2) Conf. Corsi, p. 210. Confr. Troplong, n. 397.
(3) Pothier, n. 445.
(4) Id., *loc. cit.*

Digitized by Google

Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1904, n. 1; parmense, art. 2061, § 2; sardo, art. 2069, n. 1; estense art. 2049, n. 1; e i Codici vigenti: neerlandese, art. 1880, n. 1; portoghese, art. 844, n. 1; spagnuolo, art. 1843, n. 1; della Luigiana, art. 3025, n. 1; di Haiti, art. 1796, n. 1; dell'Uruguay, art. 2089, n. 1 (1); messicano, art. 1870, n. 1; argentino, art. 2026, n. 1.

Invece per il Codice germanico, § 775, n. 4, il fideiussore può pretendere dal debitore la liberazione a condizione che il creditore abbia ottenuto contro il fideiussore stesso « una sentenza esecutiva in adempimento ».

Con ragione il legislatore odierno ha sancita la massima ora riferita; perocchè l'essere convenuto in giudizio è per il fideiussore un pericolo oltre che una molestia: pericolo cioè di dover sopportare le spese del giudizio, di dover somministrare i fondi per l'escussione preventiva del debitore e di pagare in luogo del debitore, il quale può anche diventare insolvente.

Il fideiussore può agire in giudizio separato contro il debitore affinchè questi sia condannato a rilevarlo; ma può anche, con maggior vantaggio, opporre il beneficio d'escussione se non vi ha rinunciato; e, nel caso contrario, può chiamare in causa il debitore stesso a termini dell'art. 203 del Cod. proc. civ. it., per essere rilevato da ogni danno eventuale (2).

E qui va notato che il fideiussore ha interesse di citare in giudizio il debitore perchè egli ha il *regresso* soltanto per le spese da lui fatte dopo che ha denunciato al debitore stesso le molestie sofferte (Cod. it., art. 1915).

(1) S'aggiunga che per l'art. 2082 dello stesso Codice dell'Uruguay, e conformemente all'art. 2356 del Codice chileno e all'art. 2382 del Codice columbiano, il fideiussore, quantunque non sia ancora convenuto, può intimare al *creditore*, appena che il debito è divenuto esigibile, di procedere contro il debitore principale. E se il creditore indugiasse, il fideiussore non sarebbe responsabile per l'insolvenza del debitore sopraggiunta durante il ritardo. — S'aggiunga ancora che per il Codice chileno, art. 2353, e il columbiano, art. 2379, il fideiussore può fare il pagamento del debito anche prima di essere convenuto dal creditore, in tutti i casi in cui potrebbe farlo il debitore principale.

(2) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1094, p. 529.

Digitized by Google

721. — 3° *Esigibilità del debito.* — Se non che l'essere convenuto in giudizio è in ogni caso una molestia per il fideiussore quantunque egli possa in tal caso regolarsi a norma del n. 1 della disposizione ora esaminata. E poi se il creditore non agisce subito, il debitore può nel frattempo diventare insolvibile. Perciò, quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto per il pagamento, il fideiussore è autorizzato a prevenire il danno del procedimento mediante l'azione di rilevazione contro il debitore (Cod. it., art. 1919, n. 4; franc., art. 2032, n. 4), tendente allo scopo di essere tenuto indenne o mediante il pagamento da farsi dal debitore al *creditore*, o mediante deposito della somma dovuta o con altra garanzia (1). Una disposizione conforme a quella dei Codici italiano e francese si legge negli abrogati Codici: delle Due Sicilie, art. 1904, n. 4; parmense, articolo 2061, § 5; sardo, art. 2069, n. 4; estense, art. 2049, n. 4; e nelle vigenti legislazioni: neerlandese, art. 1880, n. 4; portoghese, art. 844, n. 5; spagnuola, art. 1843, n. 4; della Luigiana, art. 3025, n. 4; di Haiti, art. 1796; chilena, articolo 2369, n. 3; dell'Uruguay, art. 2089, n. 2; messicana, art. 1870, n. 5 (2); del Guatemala, art. 2235, n. 4; columbiana, art. 2394, n. 3; argentina, art. 2026, n. 2; giapponese, art. 460, n. 2 (3).

Invece, per il Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 509, scaduto il debito principale, il fideiussore può sempre esigere *dal creditore* che accetti da lui il pagamento o lo esoneri dalla fideiussione. Il fideiussore è senz'altro liberato ove il creditore ricusi di accettare il pagamento o di cedergli le garanzie del credito. E per l'art. 511, n. 2, se il debitore cade in mora, il fideiussore può esigere da lui delle garanzie.

(1) Corsi, p. 211.

(2) E per l'art. 1871 dello stesso Codice, nel caso in discorso, il fideiussore può anche esigere che il creditore proceda contro il debitore principale o contro lo stesso fideiussore « admitiendole el beneficio de excusion, si tuviere lugar ».

(3) Cod. civ. giapponese, art. 460, n. 2, il quale soggiunge: « Toutefois la concession d'un terme faite par le créancier au débiteur principal, postérieurement au contrat de cautionnement, n' est pas opposable à la caution » (trad. cit.).

Digitized by Google

Secondo il Codice austriaco, § 1364, scorso il tempo entro il quale il debitore avrebbe dovuto pagare, il fideiussore non è ancor liberato, quantunque il creditore non abbia sollecitato il pagamento; ma se ha prestata la sicurtà col consenso del debitore, può esigere da questo una cauzione.

Secondo il Codice generale del Montenegro, art. 466, n. 1, il fideiussore può agire contro il debitore se la scadenza è giunta e il debitore è in mora.

Il Codice germanico, § 775, n. 3, accorda al fideiussore il diritto di pretendere dal debitore la liberazione dalla garanzia se il debitore stesso è in mora coll'adempimento della sua obbligazione; mentre, per l'ultimo capoverso del citato paragrafo, se l'obbligazione principale non è ancor scaduta, il debitore può, invece di liberare il fideiussore, prestargli sicurtà.

Sicchè il fideiussore cui preme di tutelare i proprii interessi preferirà, di regola, alla facoltà che gli spetta in forza del n. 1 dell'articolo in esame, quella contemplata dal n. 4. Le quali due facoltà si completano vicendevolmente.

722. — 4° *Insolvenza e fallimento del debitore.* — In un altro caso il fideiussore può correre il rischio di dover pagare senza possibilità di utile e integrale regresso. E questo si avvera quando il debitore si trovi in stato di non solvenza o quando sia fallito. In tali contingenze l'azione di rilevamento ha una logica applicazione che le leggi riconoscono (Cod. it., art. 1919, n. 2; franc., art. 2032, n. 2). Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1904, n. 2; parmense, art. 2061, § 3 (1); sardo, art. 2069, n. 2; estense, art. 2049, n. 2 (2), e i Codici vigenti: neerlandese, art. 1880, n. 2; spagnuolo, art. 1843, n. 2 (3); della Luigiana, art. 3025, n. 2; di Haiti, art. 1796.

Per il Codice messicano, art. 1870, n. 2, e per quello del Guatemala art. 2235, n. 1, il fideiussore può ottenere la rile-

(1) « Il fideiussore può . . . . . quando il debitore è fallito o si trovi in istato di prossimo fallimento ».

(2) Conforme al Codice parmense.

(3) « En cas de faillite, de déconfiture ou d'insolvabilité ». Confr. Codice portoghese, art. 844, n. 2: « Lorsque le débiteur est en déconfiture et qu'il y a lieu de craindre qu'il ne devienne insolvable ».

Digitized by Google

vazione o delle garanzie se il debitore soffre « menoscabo en sus bienes » per modo che vada a rischio di restare insolvente.

E per il Codice chileno, art. 2369, n. 1, nonchè per il columbiano, art. 2394, n. 1, e l'argentino, art. 2026, n. 3, ha il medesimo diritto quando il debitore dissipa o avventura temerariamente i suoi beni; mentre per il Codice dell'Uruguay, art. 2089, n. 3, e per lo stesso Codice argentino, art. cit., n. 3, il fideiussore gode lo stesso diritto non solo quando il debitore dissipi i suoi beni, ma anche se li dia in garanzia di altre obbligazioni.

Il Codice baltico accorda al fideiussore il diritto di domandare al debitore delle garanzie, anche prima d'aver pagato, se il debitore cade in stato d'insolvenza o dissipa le sostanze, di modo che l'efficacia del regresso divenga incerta (1).

Per il Codice austriaco, § 1365, il fideiussore ha diritto di esigere dal debitore una cauzione « se insorgono fondati sospetti che il debitore sia per divenire incapace al pagamento, ovvero sia per allontanarsi ».

Per il Codice generale del Montenegro, art. 466, nn. 1, 2 e 3, il fideiussore può agire se, anche prima della scadenza, il patrimonio del debitore si trova considerevolmente diminuito; se il debitore passa la frontiera o si prepara a passarla, e, in generale, se per un motivo qualsiasi v'è ragione di temere che il fideiussore, per circostanze sopraggiunte, non trovi più nè contro chi agire, nè beni sui quali possa farsi rimborsare.

Eguale diritto di esigere delle garanzie dal debitore gode il fideiussore per il Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 511, n. 3, se per il peggioramento delle condizioni economiche del debitore o per colpa qualsiasi dello stesso, il rischio del fideiussore è diventato notevolmente maggiore di quando fu prestata la fideiussione.

A norma del Codice germanico, § 775, n. 1, il fideiussore può pretendere dal debitore la liberazione dalla garanzia se le condizioni patrimoniali del debitore stesso si sono essen-

(1) Lehr, *Élém. de droit civ. russe*, II, n. 1378, p. 454.

Digitized by Google

zialmente deteriorate (1). E a termini del n. 2 dello stesso paragrafo il fideiussore ha uguale diritto, se la prosecuzione del diritto contro il debitore è essenzialmente difficoltata in seguito ad un mutamento, avvenuto dopo l'assunzione della fideiussione, del domicilio, della sede industriale o del luogo di dimora del debitore principale (2).

A termini del Codice giapponese, art. 460, n. 1, il fideiussore che ha prestato garanzia dietro un mandato del debitore, può agire contro lui allorquando « le débiteur principal, « étant déclaré en faillite, le créancier n'a pas produit à la « faillite » (3).

723. — Perchè il fideiussore possa agire con l'azione di rilevamento, è sufficiente, secondo una dottrina, che risulti con certezza come le condizioni del debitore volgano a una rovina imminente; nè occorre che il debitore si trovi attualmente in un dissesto assoluto. E si osserva che se fosse altrimenti, il fideiussore eserciterebbe inutilmente la sua azione, perchè l'inopia del debitore toglierebbe la possibilità di evitare quel danno che con l'azione stessa si vuol prevenire (4).

Nessun dubbio che questo principio, già seguito dalla legislazione romana e attualmente accettato da alcune legislazioni odierne, è il più logico *de lege ferenda*. Ma questa interpretazione è respinta dal testo formale della legge italiana e francese, le quali accordano l'azione in discorso « quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di non solvenza ». Nessun appiglio v'è in queste espressioni per riferirsi ad una insolvenza assoluta ma futura o ad un fallimento prossimo, quantunque l'una e l'altro siano imminenti. La legge vuole che, sia lo stato di non solvenza come lo stato di fallimento siano fatti attuali.

E che l'insolvenza debba essere attualmente completa e

(1) Confr. Codice bavarese, § 17, n. 2, per il quale il fideiussore può domandare la liberazione se il debitore sta per cadere in fallimento; e il *Landrecht* prussiano, § 357, n. 2, che disponeva nello stesso senso del Codice bavarese.

(2) Confr. Codice argentino, art. 2026, n. 4.

(3) Traduzione francese citata.

(4) In questo senso: Troplong, n. 395; Massé et Vergé sur Zachariae, V, p. 76, nota 15; Corsi, p. 208; Galdi, n. 150, p. 154.

Digitized by Google

assoluta si deduce anche dalla considerazione che il vocabolo *déconfiture* adoperato dal legislatore francese al citato n. 2 dell'art. 2032, e riprodotto con le parole *non solvenza* dal legislatore italiano all'art. 1919, n. 2 cit., significa, figuratamente, fra l'altro, *insolvibilità assoluta* (1).

L'interpretazione di questo testo di legge non può, d'altra parte, essere estensiva, perocchè si tratta di una regola d'eccezione in quanto per essa si deroga al principio generale per cui il fideiussore può agire contro il fideiussore soltanto dopo aver pagato.

Occorre pertanto, all'esercizio dell'azione di rilievo, o un fallimento dichiarato giudizialmente, o una completa insolvenza (2). La mancanza di logica che v'è in questa soluzione è una buona ragione per riformare la legge, non già per violentarne il testo.

S'aggiunga un argomento *ad hominem*: taluno di coloro che sostengono bastare un dissesto non completo ma parziale, e prossimo all'assoluta rovina, affermano, quanto allo *stato di fallimento*, che il fideiussore non può agire se il fallimento non è stato dichiarato con sentenza (3). Ma questa opinione, che è esatta, contraddice all'altra secondo la quale basterebbe una *insolvenza* prossima, perocchè la ragione di decidere nel senso su esposto è eguale sia per il caso del debitore che fallisce, sia per quello del debitore che è non solvente, essendo che il timore del fideiussore di essere danneggiato può essere serio anche nel caso di un fallimento non ancora dichiarato ma imminente.

Riguardo al fallimento del debitore, poichè la legge esplicitamente dichiara che il fideiussore può agire quando il debitore « sia fallito », è necessario il concorso delle condizioni volute dalla legge commerciale per la dichiarazione del falli-

(1) L'espressione *stato di prossima decozione*, con la quale si è voltato il vocabolo *déconfiture* nella traduzione ufficiale italiana del Codice francese, non risponde affatto al vero senso di tale parola, e contraddice alla traduzione pure ufficiale in latino: « Si debitor . . . . . facultatibus *omnino lapsus sit* ».

(2) Guillouard, n. 200, p. 228-229; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1095, p. 529. Vedi anche in questo senso Pont, II, 289.

(3) Corsi, p. 204-205.

Digitized by Google

mento. Il quale, per conseguenza, sarà dichiarato soltanto a condizione che si tratti di un commerciante che cessi di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali (Cod. comm. it., art. 683); e a condizione che il fallimento sia dichiarato per sentenza pronunciata sulla dichiarazione del fallito, o ad istanza di uno o più creditori, o d'ufficio (Cod. comm. it., art. 684).

Se i creditori e il fallito trascurano di provocare la detta sentenza, il fideiussore non può agire subito contro il debitore, tranne se si verifichi un altro dei casi contemplati dall'art. 1919; ma può soltanto sollecitare la pronuncia di detta sentenza ed anche provocare la determinazione della data della cessazione dei pagamenti (arg. art. 704 Cod. cit.), essendo egli un interessato a provocarla (1).

Se questa azione di rilievo spettante al fideiussore tolga o non tolga la responsabilità del creditore per la sua negligenza di fronte al fallimento, a termini dell'art. 1928 Cod. it. (Cod. franc., art. 2037), sarà da noi esaminato più oltre.

724. — 5° *Mancanza di un termine fisso per la scadenza del debito.* — Talvolta il fideiussore accede a una obbligazione principale non avente un termine fisso per la scadenza; ed allora la questione se il fideiussore debba rimanere indefinitamente obbligato finchè duri la obbligazione garantita, ovvero possa farsi rilevare dopo qualche tempo, diventa più complessa.

In astratto si può osservare che se il fideiussore si è vincolato a titolo gratuito, è giusto ed equo che il debitore, il quale ha ricevuto da lui un servizio non possa ritenerlo indefinita-

(1) Confronta in diritto francese, per il caso in cui il creditore abbia trascurato « de produire au passif de la faillite du débiteur »: GUILLOUARD, n. 201, p. 229; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1095, p. 529, i quali insegnano che la legge permette allora al fideiussore di presentarsi in luogo del creditore e di ottenere la collocazione che avrebbe potuto ottenere egli stesso. Ma se il creditore non ha tralasciato tale intervento, il fideiussore non ha il diritto di presentarsi dal canto suo; altrimenti il credito figurerebbe due volte al passivo. Il fideiussore collocato può ottenere l'importo della sua collocazione quantunque non abbia ancor pagato il creditore, tale essendo lo scopo dell'art. 2032 Codice francese, di permettere al fideiussore di prendere delle garanzie in considerazione del pagamento che potrà essere costretto a fare (autori citati). In senso conforme: PONSOT, n. 266; PONT, II, n. 287 e 288; LAURENT, n. 253 — Amiens, 26 mai 1874 (*Sirey*, 1875, 2, 113). — Contro: TROPLONG, n. 396 — Grenoble, 3 août 1853 (*Sirey*, 1854, 2, 449).

Digitized by Google

mente nei legami di una fideiussione da cui può liberarlo col pagare il creditore; anche perchè se fosse altrimenti, la possibilità che il debitore diventi insolvibile e renda vano il regresso, non avrebbe più limiti di tempo (1).

Ma se la fideiussione fu assunta a titolo oneroso, quando anche l'obbligazione garantita abbia una durata indefinita, una limitazione di tempo della fideiussione non può certamente giustificarsi con la ragione esposta, poichè il fideiussore in cambio della prestata sicurtà riceve un corrispettivo (2).

Una limitazione di tempo è tuttavia giusta e necessaria; ma per un altro motivo, ossia per il principio generale che chi si obbliga in qualsiasi maniera, non deve, di regola, esser forzato a rimanere vincolato verso altri per un tempo indefinito e illimitato, che può anche essere uguale alla durata della vita dell'obbligato. Questo principio, di cui le leggi hanno fatto più d'una applicazione (vedi ad es., Cod. civ. it., art. 1628, relativo alla locazione d'opera, e le regole relative alla prescrizione), è una estrinsecazione del rispetto dovuto alla libertà personale (3).

Conformemente a tali principii la legislazione vigente dichiara che il fideiussore può farsi rilevare « al termine di dieci anni quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purchè l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela, o non vi fosse convenzione in contrario ». Così dispongono il Codice italiano, art. 1919, n. 5, sul modello del Cod. francese, art. 2032, n. 5, seguìto dagli abrogati Codici: delle Due Sicilie, art. 1904, n. 5; parmense, § 6; sardo, art. 2069, n. 5; estense, art. 2049, n. 5; e dalle legislazioni vigenti: neerlandese, art. 1880, n. 5; spagnuola, art. 1843, n. 5 (4); della Luigiana, art. 3025, n. 5; di Haiti, art. 1796.

(1) Troplong, n. 399.

(2) Laurent, n. 256.

(3) Contro: Cod. civ. portoghese, art. 844, n. 61; messicano, art. 1870, n. 6; del Guatemala, art. 2235, n. 5.

(4) Cod. spagnuolo, art. 1843, n. 5: « Au bout de dix ans, lorsque l'obligation principale n'a pas de terme fixé pour son échéance, à moins qu'elle ne soit de telle nature qu'on ne puisse l'exiger que dans un délai de plus de dix ans ».

Digitized by Google

Secondo il Codice portoghese (art. 844, n. 6) e il Codice messicano (art. 1870, n. 6), il fideiussore può esigere che il debitore paghi il debito o lo liberi dalla fideiussione se sono trascorsi dieci anni, allorchè l'obbligazione principale non ha termine fisso per la scadenza; ma il fideiussore non ha tale diritto se la fideiussione è stata prestata a titolo oneroso.

Il termine di dieci anni è pure assunto come principio dal Codice del Chilì (art. 2369, n. 4) e dal columbiano articolo 2394, n. 4), i quali, all'esempio della tutela dato dai Codici francese e italiano, ne aggiungono altri: « Si hubieren trascurrido diez años desde el otorgamiento de la fianza; á ménos que la obligacion principal se haya contraido por un tiempo determinado más largo, ó sea de aquellas que no están suyetas á extinguirse en tiempo determinado, como la de los tutores y curadores, la del usufructuario, la de la renta vitalicia, la de los empleados en la recaudacion ó administracion de rentas públicas ».

Adottò il termine di dieci anni anche il Codice civ. giapponese (art. 460, n. 3): « Lorsque dix années se sont écoulées depuis le contrat de cautionnement, dans le cas où l'échéance de la dette est indéterminée, et où il est impossible d'en fixer aucune si éloignée qu'en soit la date » (trad. cit.).

Altre legislazioni adottarono invece il termine di cinque anni, come quella dell'Uruguay (art. 2089, n. 6) e l'Argentina (art. 2025), per le quali il fideiussore può agire contro il debitore se sono trascorsi cinque anni dall'assunzione della fideiussione, tranne che la obbligazione principale sia di tal natura che non sia soggetta a estinguersi in un tempo determinato « ó que ella se hubiere contraido por un tiempo mas largo ».

La legislazione del Guatemala (art. 2235, n. 5), accorda al fideiussore il diritto di agire contro il debitore se sono trascorsi cinque anni, a condizione che l'obbligazione principale non abbia un termine fisso e che la fideiussione non sia stata assunta a titolo oneroso.

725. — All'accennata massima vanno poste alcune limitazioni, determinate dalla impossibilità del debitore di liberare il fideiussore alla scadenza dei dieci anni, e dalla circostanza che il fideiussore all'atto di prestar garanzia sapeva

Digitized by Google

o doveva sapere che si vincolava per un'obbligazione di durata eventualmente superiore al decennio. A questo riguardo può formularsi la regola per cui, mentre il fideiussore può farsi rilevare al termine di dieci anni quando l'obbligazione principale ha una durata indefinita e nello stesso tempo illimitata, non può invece farsi rilevare quando essa ha una durata indefinita ma limitata (1).

In primo luogo il fideiussore non può agire per essere rilevato allo scadere del decennio, quando l'obbligazione principale ha un termine fisso per la scadenza, come risulta *a contrario*, dalla stessa disposizione che esaminiamo, dove si accorda il diritto di rilievo quando l'obbligazione principale « *non abbia* un termine fisso per la scadenza » (Cod. civ. ital., art. 1919, n. 5, cit.; franc., art. 2032, n. 5, cit.). Perocchè il fideiussore sa che egli aderisce a un'obbligazione che deve durare un tempo determinato; egli adunque acconsente per necessità a rimanere vincolato fino alla scadenza; la sua stessa volontà è per lui una legge.

726. — In secondo luogo il fideiussore non ha l'azione di rilievo al termine di dieci anni, quando l'obbligazione principale sia di natura tale da non potersi estinguere prima di un tempo determinato; perocchè anche in questa ipotesi se l'obbligazione garantita non poteva, per la sua natura, estinguersi che dopo i dieci anni, il fideiussore che vi ha acceduto ha consentito a stare obbligato per tutta la durata di essa. Come il debitore non può anticipare lo scioglimento dell'obbligazione principale, non sarebbe logico che il fideiussore potesse sciogliere anticipatamente la sua obbligazione accessoria e connessa.

Le censure grammaticali rivolte da qualche autore alla dizione della riferita regola legislativa non hanno fondamento. Fu affermato che nella proposizione « purchè la obbligazione principale *non* fosse di tal natura da *non* potersi estinguere prima d'un tempo determinato » v'è una negativa di più la quale altera il senso grammaticale della frase e può rendere equivoco lo spirito della legge. Due negative producono una affermativa, e quindi invece della voluta esclusione, il legisla-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1098, p. 531.

Digitized by Google

tore, con l'usare due volte l'avverbio di negazione *non* nella medesima proposizione, può somministrare argomento per accogliere un diverso intendimento. Si dovrebbe leggere invece: « purchè l'obbligazione principale non sia di tal natura da potersi estinguere prima di un tempo determinato » (1).

Non è punto vero che nella proposizione dettata dal legislatore le due negative producano un'apparente affermazione, in luogo della voluta esclusione. Il legislatore ha inteso di dichiarare che il fideiussore non può farsi rilevare al termine di dieci anni, quando l'obbligazione principale sia di natura tale che fin dall'origine sua si possa sapere che essa *non* potrà estinguersi prima di un determinato tempo. Sicchè le espressioni « *purchè* l'obbligazione principale *non* fosse di tal natura da *non* potersi estinguere, ecc. », sono esattamente adoperate in luogo e nel senso di « *tranne se* l'obbligazione principale *sia* di tal natura da *non* potersi estinguere, ecc. ». È chiaro infatti che il primo *non* scritto nell'articolo in discorso è reso necessario dall'uso della congiunzione condizionale *purchè*, mentre non sarebbe stato necessario se il legislatore avesse adoperato il *tranne se*. La proposta di sopprimere il secondo *non*, per dire « purchè... non sia di tal natura *da potersi estinguere* prima di un tempo determinato », in luogo di chiarire il pensiero del legislatore, lo falserebbe.

727. — Come si è visto, il legislatore (articolo citato) ha dato un esempio di eccezione alla regola dell'azione di rilievo, accennando il caso di colui che si è costituito fideiussore di un tutore per l'amministrazione della tutela. Il quale, finchè questa dura, non può pretendere di essere rilevato dal tutore, perciocchè l'obbligazione risultante dalla tutela non può terminare prima che finisca la tutela stessa (2).

Questo caso è enunciato nella legge in modo dimostrativo; per la qual cosa si possono comprendere nell'eccezione altri casi analoghi.

Conseguentemente il fideiussore di una *rendita vitalizia*

(1) Così il Duranton citato dal Corsi, p. 213, il quale si associa a tali censure.

(2) Conf. Codice chileno, art. 2369, n. 4, e columbiano, art. 2394, n. 4.

Digitized by Google

non può esigere di essere rilevato se non quando abbia cessato di vivere il vitaliziario, ossia creditore della rendita (1).

Chi si è costituito fideiussore del marito per la restituzione della dote alla moglie non può, finchè dura il matrimonio, ottenere la rilevazione, dappoichè l'obbligo di restituire la dote può estinguersi soltanto dopo lo scioglimento del matrimonio (2).

Chi ha garantito un usufrutto non può ottenere il rilievo se non quando abbia cessato di vivere l'usufruttuario (3); e chi ha garantito un conduttore che ha contratto una locazione per molti anni, ed anche per più di dieci, non può pretendere la rilevazione se non dopo spirato l'affitto (4).

Il fideiussore di un ricevitore demaniale, di un cassiere, di un agente contabile, non può pretendere la rilevazione alla scadenza dei dieci anni, perchè il garantito non potrebbe altrimenti liberare il fideiussore che dimettendosi dall'impiego od offrendo all'amministrazione da cui dipende un nuovo fideiussore. La prima soluzione sarebbe contraria al fine economico della fideiussione, che è quello di aiutare i debitori e non già quello di rovinarli. La seconda soluzione è contraria alla regola, per cui il creditore non può essere costretto ad accettare un fideiussore nuovo, mentre la scelta è caduta sul primo di comune accordo delle parti. Si tratta anche qui di un'obbligazione principale di natura tale da non potersi estinguere prima d'un dato tempo (5).

In tutti questi casi si deroga alla regola per cui nessuno può esser costretto a rimanere obbligato indefinitamente verso altri, per necessità di cose, ossia, come s'è detto, perchè il

(1) Troplong, n. 403; Corsi, p. 214; Guillouard, n. 203, p. 230; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1098, p. 531. — Conf. Cod. chileno e columbiano, articoli citati.

(2) Pothier, n. 443; Troplong, n. 403; Corsi, *loc. cit.*; Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(3) Troplong, *loc. cit.*; Corsi, *loc. cit.*; Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* — Conf. Codici chileno e columbiano, articoli citati.

(4) Troplong, *loc. cit.*

(5) Troplong, n. 404; Corsi, p. 214. Confr. Codici chileno e columbiano, articoli citati.

Digitized by Google

debitore non potrebbe, per la natura della sua obbligazione, estinguere innanzi tempo il debito, quando il fideiussore domandasse la liberazione, e perchè il fideiussore sapeva all'atto della fideiussione di vincolarsi per una durata eventualmente superiore al decennio. Si tratta infatti di obbligazioni principali aventi bensì una durata indefinita, ma *limitata*.

728. — Ma la ragione di derogare cessa se l'obbligazione principale, pur essendo di durata indefinita, è suscettiva d'essere estinta per opera del debitore.

Tale è il caso in cui il fideiussore d'una *rendita costituita* pretende di essere liberato dal debitore, senza che tra lui e lo stesso debitore sia intervenuta una convenzione con cui il debitore siasi obbligato di rilevarlo entro un tempo determinato.

Fu sostenuto, nel diritto francese antico, che il fideiussore, per quanto sia lungo il tempo trascorso, non puo obbligare il debitore principale a redimere la rendita onde liberarlo dalla garanzia, perchè la rendita durando per sua natura perpetuamente finchè al debitore piaccia di redimerla, il fideiussore che conoscendone la natura ha voluto prestar malleveria, si è sottoposto a contrarre una obbligazione perpetua al pari della rendita (1).

Nel diritto odierno, libero dalle idee vigenti nel passato sull'usura e dai timori che questa ispirava, e non più ligio alla lettera della legge romana così com'era il diritto un tempo, l'opinione ora esposta dev'essere respinta. Perocchè la rendita costituita è bensì *irredimibile* per opera del *creditore* (Cod. civ. it., art. 1778), salvo che, trattandosi di rendita costituita mediante un capitale (rendita semplice o censo) non sia stata assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato, nel qual caso, ossia in mancanza di tale assicurazione, il capitale è ripetibile (Cod. civ. it., art. 1782, che differisce dal Codice francese).

Ma tale rendita è *redimibile* sempre per opera del *debitore*, nonostante patto contrario (Cod. civ. ital., art. 1783). Per la qual cosa, il fideiussore del debitore della rendita ha

(1) Dumoulin, *De usuris*, 9, 30. Conf. la giurisprudenza del Parlamento di Tolosa e di quello di Grenoble, citata da Troplong, n. 405 in nota.

Digitized by Google

ragionevolmente potuto credere all'atto della fideiussione che il debitore avrebbe redento la rendita stessa in un tempo non troppo lungo, per modo che la sua fideiussione non sarebbe stata perpetua. Manca pertanto l'analogia col caso della tutela di cui parla la legge, e con tutti gli altri casi di obbligazioni principali « di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato » a termini della legge. Quindi anche in mancanza di espressa convenzione il fideiussore della rendita può, alla scadenza del decennio, domandare giudizialmente o che il debitore lo liberi rimborsando il capitale in un termine che il giudice gli fisserà (1), o che, se il giudice reputa tale rimborso non possibile, o dannoso per il debitore, questi gli procuri dal creditore l'esonero dalla garanzia nel modo da concordarsi fra le parti, o che, in mancanza di tutto ciò, gli procuri garanzie tali da premunirlo contro ogni danno. Perocchè l'azione di rilievo non produce l'effetto unico e necessario di obbligare il debitore al *pagamento* per liberare il fideiussore; ma consente anche gli altri mezzi di liberazione o di garanzia ora nominati (2), i quali prendono il luogo del pagamento ove questo sia reputato dal giudice o impossibile o inopportuno.

729. — Questi cinque casi, in cui la legge vigente accorda al fideiussore l'azione preventiva di rilievo sono enunciati in modo tassativo. Tale principio risulta innanzi tutto dallo spirito che informa la disposizione relativa a detta azione, la quale deroga al diritto comune in quanto accorda un'azione al fideiussore che non ha ancora pagato, e quindi non è suscettibile di interpretazione estensiva. In secondo luogo il detto principio risulta dalla stessa forma della disposizione rigorosamente divisa in numeri che indicano l'intenzione del legislatore di limitare ai cinque casi esaminati

(1) Pothier, n. 444; Duranton, n. 364; Ponsot, n. 271; Troplong, n. 405; Pont, II, n. 294; Aubry et Rau, IV, § 427, testo e nota 22; Corsi, p. 214-215; Guillouard, n. 203, p. 230; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1098, p. 531. — Questi autori non accennano però esplicitamente in questo punto alla possibilità di esonerare il fideiussore dalla garanzia indipendentemente dal rimborso del capitale al creditore, mentre tale possibilità va ammessa per la ragione esposta nel testo.

(2) Vedi *retro*.

Digitized by Google

l'azione di rilevamento (1). Il che non si verificava nel diritto antico, dove, mancando un testo limitativo, gli autori avevano potuto ammettere l'azione di rilievo in un numero di casi assai più grande (2).

Ne segue che, ad esempio, la inimicizia capitale sopraggiunta tra il debitore e il fideiussore non è causa che autorizzi il fideiussore a farsi rilevare (3).

730. — Ma può sorgere una questione nel caso in cui il fideiussore, in luogo di domandare al debitore o la liberazione o una idonea cautela, paga al creditore il debito non ancora scaduto e poi chiede al debitore il rimborso di quanto egli ha pagato.

Allorchè il fideiussore paga un debito già scaduto, egli può indubbiamente agire contro il debitore con l'azione di regresso e col subingresso. Ma se il debito non è ancor scaduto, si domanda se il fideiussore abbia il diritto di pagarlo prima della scadenza e di farsi poi rimborsare dal debitore.

La questione interessa specialmente le garanzie prestate per le rendite perpetue allorchè il fideiussore, allo scopo di liberarsi dalla fideiussione, paga il capitale al creditore, al termine di dieci anni.

Secondo una dottrina, il fideiussore che ha redento la rendita, può ripetere il denaro dal debitore principale che si era obbligato a redimere la rendita entro un certo tempo, purchè non si valga del subingresso per far rivivere la rendita contro lo stesso debitore. E ciò perchè un mandatario può ripetere, *actione mandati contraria,* tutto ciò che l'affare di cui si è incaricato lo ha obbligato a sborsare, « quidquid ex causa mandati ipsi inculpabiliter abest ». Ed è la fideiussione contratta dietro istanza del debitore quella che ha obbligato il fideiussore alla redenzione onde por fine alla sua obbligazione. D'altra parte, il debitore principale non può

(1) Ponsot, n. 276; Troplong, n. 410; Pont, n. 297-298; Laurent, n. 257; Guillouard, n. 204, p. 231; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1099, pag. 531.

(2) Hering, cap. 25, n. 15-31; Marsili, n. 216.

(3) Troplong, *loc. cit.* — Contro: Hering, cap. 25, n. 30.

Digitized by Google

disapprovare tale spesa, essendo egli stesso obbligato ad eseguire tale redenzione onde por termine alla obbligazione del fideiussore suo mandatario qualora non l'avesse fatto lo stesso fideiussore. Però il fideiussore non deve valersi del subingresso per far rivivere la rendita contro il debitore da cui ripete il capitale, perchè chi vuole esercitare i diritti del creditore d'una rendita costituita, è in questa sua qualità obbligato di procurare al debitore il libero godimento del capitale della rendita per tutto il tempo che piacerà al debitore; il che è contraddittorio col diritto di esigere il capitale (1).

Per un'altra dottrina, il fideiussore ha bensì diritto al rimborso perchè, in ogni modo, scorsi dieci anni, il fideiussore può obbligare il debitore a renderlo libero col pagamento, onde il debitore non può disapprovare il pagamento fatto dal fideiussore. Ma se il debitore dimostra che egli aveva un altro mezzo di liberare il fideiussore, ad esempio, un altro fideiussore che il creditore consentiva ad accettare, allora il fideiussore non ha l'azione *mandati contraria*, perchè ha agito con precipitazione contro gli interessi del debitore; e godrà soltanto del beneficio della rendita (2).

Secondo una terza dottrina, il fideiussore non ha diritto di rimborso verso il debitore, ma soltanto è surrogato nei diritti del creditore, salvo il diritto di ottenere delle garanzie contro il debitore in forza dell'azione di rilievo (3).

731. — A quest'ultima opinione noi aderiamo perchè il diritto di rimborso del fideiussore verso il debitore non ha fondamento nè nell'azione di regresso, nè nell'azione di subingresso, nè nell'azione di rilievo. E ciò diciamo, sia per il caso in cui per convenzione il debitore si obbligò a redi-

(1) Così il Pothier, n. 445. Confr.: Dumoulin, *De usuris*, qu. 29 e 30; Merlin, *Quest. di diritto*, v. *Cauzione*, § 4. — L'opinione di Pothier è relativa al caso in cui il debitore si è obbligato per convenzione a redimere la rendita entro un certo tempo; ma è evidente che le ragioni addotte da questo autore sono logicamente applicabili, secondo la sua teoria, anche al caso in cui non sia intervenuta tra il fideiussore e il debitore una convenzione di tal genere.

(2) Troplong, nn. 406-407. Confr. Corsi, p. 216, il quale non è abbastanza esplicito in tale questione.

(3) Pont, n. 301; Laurent, n. 260; Guillouard, n. 207, p. 234-235.

Digitized by Google

mere la rendita in un tempo determinato, sia per il caso contrario.

Non nell'azione di regresso, perchè se il fideiussore prestò garanzia per mandato del debitore, senza che sia intervenuta la detta convenzione, questi gli diede il mandato affinchè egli stesse garante pel pagamento delle annualità della rendita da lui debitore dovute; ma non perchè di suo arbitrio eseguisse un pagamento che il creditore, di regola, non poteva esigere neppure dallo stesso debitore. Il fideiussore pertanto ha ecceduto i limiti del mandato. Se poi intervenne fra debitore e fideiussore la detta convenzione, il fideiussore non può violarla con l'obbligare il debitore a pagare il capitale prima del tempo convenuto.

Se poi il fideiussore ha prestato garanzia senza aver ricevuto un mandato nè espresso nè tacito dal debitore, non può esigere da questo il rimborso neppure con l'*actio negotiorum gestorum*, perchè nella gestione d'affari l'interessato deve rimborsare il gestore delle spese necessarie e utili, a condizione che l'affare sia stato *bene amministrato* (Codice civile italiano, art. 1144), essendo che il rapporto di *rappresentanza* sorge soltanto se esiste l'estremo della *utilità* positivamente prodotta dal fatto del gestore. Ma questo estremo della utilità e della buona amministrazione manca assolutamente nel fatto di un fideiussore che paga al creditore un capitale non dovuto dal debitore, perchè il debito non è ancor scaduto; fatto che, al contrario, può anche recar danno al debitore cui può interessare di continuare il contratto, per lui vantaggioso, col creditore.

Non nel subingresso, perchè il creditore della rendita costituita non potendo pretendere il pagamento del capitale dal debitore (Cod. civ. it., art. 1778), non può trasmettere al fideiussore che gli ha versato tale capitale, diritti maggiori di quelli che spettano a lui stesso, e quindi non può trasferirgli il diritto di esigere il capitale dal debitore. In un solo caso il creditore può ripetere il capitale contro il debitore; e questo accade quando la rendita costituita mediante un capitale (rendita semplice o censo) non sia assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato (Codice civile italiano, art. 1782 cit.). In questo unico caso, pertanto,

Digitized by Google

il fideiussore potrebbe esigere dal debitore il rimborso come sostituito nel diritto del creditore (1); ma è un caso che costituisce eccezione e non regola.

Da ultimo, il preteso diritto di rimborso del fideiussore non è fondato sull'azione di rilievo, perchè quest'azione conferisce bensì al fideiussore il diritto di ottenere dal debitore che questi gli procuri o la liberazione o delle garanzie idonee, ma non gli attribuisce il diritto di anticipare l'esigibilità del capitale, a danno del debitore, mediante un arbitrario rimborso (2). La liberazione, che il fideiussore può ottenere in forza dell'azione di rilievo, può, è vero, derivare anche dal rimborso del capitale al creditore; ma questo rimborso è una facoltà, un diritto che il solo debitore può esercitare ed il fideiussore non può esservi autorizzato che dallo stesso debitore.

È inesatta l'affermazione che in ogni modo il fideiussore, scorsi dieci anni, può sempre obbligare il debitore a liberarlo col pagamento; onde il debitore non può disapprovare il pagamento fatto per maggior prontezza dal fideiussore. Infatti l'azione di rilievo non ha per effetto *unico e necessario* di obbligare il debitore alla liberazione del fideiussore *mediante il rimborso del capitale* al creditore; perocchè se questo mezzo non è dal giudice reputato conforme a giustizia per le circostanze, il giudice stesso può obbligare il debitore a dare idonee *garanzie* al fideiussore senza imporre la redenzione della rendita.

Se poi il debitore si era obbligato per convenzione a redimere la rendita entro un tempo determinato, il fideiussore non può pretendere di farsi rimborsare subito il capitale, qualora egli lo abbia pagato al creditore prima che sia trascorso quel termine, perchè per effetto di tale convenzione il debitore ha acquisito il diritto di continuare il contratto di rendita fino al termine anzidetto, scaduto il quale, soltanto allora il fideiussore può esigere il rimborso.

S'aggiunga una ragione utilitaria, ossia che il rimborso del capitale al creditore può danneggiare il debitore specialmente nel caso di una rendita costituita a un basso interesse;

(1) Confr. Corsi, *loc. cit.*

(2) Conf. Guillouard, n. 207, p. 234.

Digitized by Google

ed allora la pretesa del fideiussore urta vieppiù contro la equità, oltre che è priva di fondamento giuridico, per le svolte ragioni.

Il fideiussore adunque non si dorrebbe giustamente del rifiuto del debitore, perocchè in ogni caso egli sopporterebbe le conseguenze di un atto arbitrario e imprudente da lui compiuto.

Il fideiussore, concludendo, se non ha pagato il capitale al creditore, può soltanto ottenere con l'azione di rilievo o che il debitore stesso rimborsi il capitale al creditore, o che gli procuri dal creditore l'esonero dalla fideiussione o che, in mancanza di ciò, gli dia delle garanzie, come un'ipoteca, un pegno e simili cautele, per premunirsi contro un danno eventuale. Se invece il fideiussore ha rimborsato il capitale al creditore, può soltanto esigere delle garanzie contro il debitore, mediante la detta azione di rilievo, e può semplicemente esercitare, mediante il subingresso, i diritti che il creditore ha verso il debitore; perciò il fideiussore ha diritto di riscuotere dal debitore le annualità della rendita che prima erano dovute al creditore. Le garanzie che il fideiussore può così ottenere, valgono, sia ad assicurargli la riscossione di tali annualità, sia ad assicurargli il rimborso del capitale allorchè sia scaduto il termine entro il quale il debitore siasi per avventura obbligato verso il fideiussore di redimere la rendita.

Le ragioni esposte per dimostrare il principio ora sostenuto acquistano un maggior valore nel caso in cui il fideiussore attuasse il rimborso al creditore prima dello scadere dei dieci anni, essendo che allora il fideiussore non potrebbe neppure valersi dell'argomento già confutato, relativo al diritto di domandare la liberazione, spettandogli tale diritto soltanto dopo il decennio. Il fideiussore avrebbe in tale caso il semplice subingresso nei diritti del creditore (1).

L'opinione che il fideiussore possa ripetere dal debitore la somma pagata, allorchè sia spirato il decennio (2), va respinta

(1) Troplong, n. 408.

(2) Confr. Pothier, n. 445, il quale ammette il diritto di ripetizione per il caso in cui il fideiussore ha redento la rendita prima dello spirare del termine entro il quale il debitore si era obbligato per convenzione a redimerla; e ammette il diritto di ripetere la somma dopo spirato questo termine.

Digitized by Google

per gli stessi motivi svolti superiormente riguardo alla questione del rimborso eseguito dal fideiussore dopo i dieci anni (1).

732. — L'azione di rilevazione non può essere esercitata dal fideiussore quando il creditore agisce direttamente contro il debitore. Perocchè, da un lato, il fondamento di tale azione è la necessità di assicurare il fideiussore contro la eventualità del pagamento che può essere costretto a fare, mentre questa eventualità diventa assai remota quando il creditore agisce contro il debitore. D'altro lato l'azione di rilevazione non deve nuocere agli altri creditori del debitore garantito, mentre si verifica questo danno se il creditore e il fideiussore agiscono simultaneamente contro il debitore. E poi il fideiussore non deve nuocere neppure al creditore diminuendo l'ammontare della sua collocazione o impedendogli di essere collocato nella distribuzione dei beni del debitore (2).

D) — A chi spetta l'azione di rilevazione.

Sommario: 733. Esclusione dell' azione di rilievo di colui che ha garantito unicamente nell'interesse del creditore. — 734. Inapplicabilità dell'azione di rilievo al caso di un fideiussore obbligatosi contro la volontà del debitore, o ad insaputa del medesimo. — 735. Applicabilità dell' azione di rilievo al fideiussore obbligato in solido col debitore. — 736. Esclusione dalla detta azione di colui che ha consentito un'ipoteca sul proprio fondo a favore di un debito altrui. — 737. Inapplicabilità dell'azione di rilievo ai condebitori solidali quando l'affare per cui il debito fu contratto riguarda uno solo degli obbligati in solido.

733. — Determiniamo ora a chi spetta l'azione di rilevazione.

Questa azione spetta al fideiussore che ha prestata garanzia *nell'interesse del debitore*, ma non a colui che si è vincolato come fideiussore unicamente *nell'interesse del creditore*, perocchè il diritto di agire per essere rilevato, contro il debitore presuppone un vincolo giuridico preesistente fra il debi-

(1) Vedi Troplong, n. 409.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1100, p. 532. In senso conforme: Pont, n. 286; Laurent, n. 253; — Douai, 12 février 1891 (*Dalloz*, 1893, 2, 481, con nota di Planiol, ivi); Trib. civ. Bernay, 24 avril 1894 (*Gaz. Pal.*, 1894, 2, Suppl. 7). — Contro: Angers, 20 mars 1889 (*Dalloz*, 1890, 2, 143).

Digitized by Google

tore e il fideiussore, mentre nella fatta ipotesi non si ha tra queste due persone vincolo di sorta, essendo la fideiussione prestata esclusivamente nell'interesse del creditore.

Per la qual cosa il fideiussore comincierà ad avere dei diritti verso il debitore soltanto a partire dal momento in cui il fideiussore avrà pagato. Da questo momento il fideiussore godrà del subingresso nei diritti del creditore pagato (1).

734. — Riteniamo pure inapplicabile la disposizione relativa all'azione di rilievo, al caso di un fideiussore obbligatosi contro la volontà del debitore, benchè nel di lui interesse. E ciò, sia perchè manca un vincolo preesistente tra il debibitore e il fideiussore, sia perchè altrimenti il fideiussore, quantunque abbia prestato una garanzia rifiutata dal debitore, potrebbe tuttavia esercitare contro lui diritti più rigorosi di quelli che potrebbe esercitare lo stesso creditore (2).

Il fideiussore non può, a più forte ragione, farsi rilevare se si è vincolato ad un tempo nel proprio interesse e contro la volontà del debitore (3).

Se invece il fideiussore ha prestato la garanzia soltanto ad insaputa del debitore, il maggior numero degli autori ritengono che egli possa valersi dell'azione di rilievo, perocchè il fideiussore ha amministrato gli affari del debitore, è un gestore d'affari, e non è giusto che il servigio reso al debitore possa nuocere al fideiussore, come risulta dallo spirito della disposizione relativa all'azione di rilievo (4).

(1) Confr.: Pont, II, n. 246; Guillouard, n. 177, p. 203, e n. 209, p. 236; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1103, p. 534, a proposito del regresso: « La caution qui a agi dans l'intérêt du créancier n' a, de son propre chef, aucun recours contre le débiteur, même par l'action *de in rem verso*, laquelle suppose qu'on a agi dans l'intention de rendre service au tiers contre lequel on recourt; elle est donc réduite à la subrogation légale de l'art. 2029 »; e n. 1106, p. 535, sulla rilevazione: « . . . . . il n' y a aucun lien de droit entre cette caution et le débiteur ».

(2) Troplong, n. 411; Guillouard, n. 209, p. 236; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1106, p. 535. Conf. Cod. argentino, art. 2027.

(3) Confr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, che risolvono il caso nei rapporti col *regresso*.

(4) Pensot, n. 276; Troplong, n. 412; Aubry et Rau, IV, § 427, testo e nota 20; Laurent, n. 262; Guillouard, n. 209, p. 236; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1106, p. 535. — Contro: Pont, n. 303; Mirabelli, n. 30, p. 442-443.

Digitized by Google

Noi crediamo, al contrario, che questa azione non spetta al fideiussore che è divenuto tale all'insaputa del debitore. Il caso di cui ci occupiamo è quello di un fideiussore che vuole essere rilevato dal debitore *prima di aver pagato* per lui il debito; e non va quindi parificato all'altro caso, già risolto, del fideiussore che agisce con l'*azione di regresso*, contro il debitore, *dopo aver pagato* per lui il debito. In questa seconda ipotesi il fideiussore col pagamento ha recato un'*utilità* al debitore benchè a sua insaputa; ne ha perciò bene amministrato gli affari, e con ragione può agire contro lui per il rimborso mediante l'*actio negotiorum gestorum*. Ma nel caso che ci occupa il fideiussore, non avendo ancora pagato il debito, non ha recato alcun *utile* al debitore, a cui insaputa ha prestato garanzia; e quindi l'*actio negotiorum gestorum* manca del fondamento giuridico che è indispensabile per il suo esercizio.

Se il fideiussore, all'atto di prestare la garanzia, non ha pensato a porre un limite alla propria obbligazione *imputet sibi* e non pretenda di scaricare l'onere in cui è incorso, sul debitore rimasto estraneo al contratto di fideiussione, ed al quale spetta il diritto di regolare i proprii rapporti col creditore, a seconda dei suoi interessi e degli obblighi assunti. Il fideiussore pertanto non può in questo caso esercitare la azione di rilevazione contro il debitore (1) verso il quale comincierà ad aver diritti soltanto dal giorno in cui avrà pagato per lui.

735. Se il fideiussore si è obbligato in solido col debitore, gode egualmente dell'azione di rilievo (2). Non osta a questo principio l'art. 1907 Cod. civ. italiano (Cod. francese, articolo 2021) poichè ivi si nega al fideiussore solidale il beneficio di escussione, il quale non ha alcuna analogia con l'azione di rilievo; non osta l'equità, la quale anzi consiglia di accordare la detta azione al fideiussore solidale che è più

(1) Conf. Mirabelli, n. 30, p. 442-443.

(2) Ponsot, n. 276; Troplong, n. 413; Aubry et Rau, § 427, testo e nota 19; Pont, n. 304; Laurent, n. 262; Corsi, p. 202; Guillouard, n. 208, p. 235; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1108, p. 535; Fournier, in *Rev. crit.*, 1887, n. 35 — Confr. Corte d'appello di Bologna, 9 novembre 1872, riportata dal Galdi, p. 156-158.

Digitized by Google

rigorosamente obbligato del fideiussore semplice; nè osta la natura dei rapporti tra fideiussore e debitore, essendo che il fideiussore solidale è pur sempre un fideiussore di fronte al debitore, onde non vi è ragione per negargli un diritto che spetta ad ogni fideiussore.

736. — V'è controversia sulla questione se l'azione di rilievo sia ammissibile per chi ha consentito un'ipoteca sul proprio fondo a favore di un debito altrui.

Prevale l'affermativa per la ragione che dalla costituzione d'ipoteca sul proprio fondo per altrui debito nascono per il costituente le medesime conseguenze giuridiche che sorgono da una vera fideiussione; onde v'è il medesimo motivo di decidere: l'equità parla lo stesso linguaggio nell'uno e nell'altro caso, e il giudice deve soccorrere colui che, in qualunque modo, s'è esposto ad esser vittima della sua generosità (1). Bisogna cioè decidere per analogia.

Per la negativa fu affermato che tale ragione è insufficiente per estendere un testo di eccezione: l'azione di rilievo che permette al fideiussore di agire prima d'aver pagato ha appunto un carattere eccezionale, e poichè questa azione è accordata soltanto al fideiussore, al titolo della fideiussione, non è possibile estenderla per via d'interpretazione al terzo detentore (2).

A questa opinione noi aderiamo; perocchè se è vero che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si deve aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (Codice civ. it., art. 3, Disposiz. prelim.), è però indiscutibile che le disposizioni di *diritto speciale* includendo una *eccezione al diritto comune*, non possono essere estese per analogia. Ed è è certo che la disposizione relativa all'azione di rilievo è una norma di diritto speciale in quanto permette al fideiussore

(1) Ponsot, n. 22; Troplong, n. 416; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1108, p. 535; Galdi, n. 7, p. 19 — Bruxelles, 2 avril 1819 (*Dalloz*, *Rép.*, v. *Cautionnement*, n. 33); Cass. Palermo, 25 giugno 1892 (*Foro it.*, 1892, I, 1256), da noi già citata e confutata al n. 247, per quanto concerne l'erronea assimilazione alla fideiussione, della costituzione d'ipoteca sul fondo proprio per un debito altrui.

(2) Pont, n. 298; Guillouard, n. 208, p. 235-236.

Digitized by Google

di agire contro il debitore prima d'aver pagato, ossia prima che questi sia divenuto veramente suo debitore secondo il diritto comune. Nulla importa che il debitore non possa, con l'azione di rilievo, esser forzato ad un vero pagamento nelle mani del fideiussore. Egli può esser costretto dal giudice o a pròcurare al fideiussore l'esonero dalla fideiussione. o ad accordargli un'ipoteca, o un pegno, o altra garanzia, od anche, secondo le circostanze, a pagare il debito nelle mani del creditore. E tutto ciò senza che il fideiussore abbia già pagato per il debitore, ossia senza che il fideiussore possa attualmente reputarsi creditore del garantito. La disposizione pertanto è davvero di diritto speciale, epperò non estendibile per analogia.

Non regge l'obbiezione che chi ha costituito un'ipoteca per garantire l'altrui debito è « une veritable caution, dont l'engagement est seulement réel au lieu d'être personnel » (1); perocchè l'azione di rilevazione accordata a chi presta una garanzia personale, non deve, appunto per ciò, estendersi a chi presta una garanzia reale.

Il contrario insegnamento del diritto romano (2) che, senza parificare alla fideiussione la costituzione d'ipoteca sul fondo proprio per un debito altrui (3), accordava l'azione di liberazione a chi aveva consentito la detta ipoteca, non può, a nostro avviso, essere accettato nel diritto vigente, essendo che l'autorità delle leggi romane s'arresta là dove la lettera e lo spirito della legge vigente denotano chiaramente che il legislatore moderno non ha voluto riprodurre il principio seguìto dagli antichi. Il silenzio osservato dall'odierno legislatore per il caso di cui ci siamo occupati, mentre non avrebbe per sè stesso una forza decisiva, è reso caratteristico dal contrasto che esso presenta con la disposizione espressa del diritto romano, il quale contemplò esplicitamente il detto caso per accordare al costituente l'ipoteca il diritto di farsi liberare.

737. — Supposto che vi siano più debitori solidali d'uno stesso debito e che l'affare per cui il debito fu contratto in

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1108, p. 535-536.
(2) L. 38, D. *mand.*, 17, 1, già citata al n. 247.
(3) Vedi *retro*, n. 247.

Digitized by Google

solido riguardi uno solo degli obbligati solidali, riteniamo che agli altri condebitori non spetti l'azione di rilievo, per ragioni analoghe a quelle esposte nel numero precedente.

Fu affermato il contrario sul fondamento che l'art. 1216 Cod. franc. (Cod. it., art. 1201), assimilando ai fidéiussori gli altri coobbligati « conduce necessariamente ad applicare l'articolo 2032 Cod. franc. » (1) (Cod. it., art. 1919).

Questa affermazione riposa sulla falsa premessa che la legge abbia assimilato veramente gli altri coobbligati ai fideiussori, mentre tra la posizione giuridica degli uni e degli altri corrono le differenze già rilevate ai n. 248-249 e che qui non occorre di ripetere; differenze le quali tolgono la possibilità di sottoporre gli altri coobbligati a quelle *disposizioni speciali* che la legge ha dettato per i fideiussori propriamente detti. E noi sappiamo che la disposizione relativa all'azione di rilievo è speciale ed eccezionale in quanto deroga al diritto comune, epperò non estendibile per analogia.

Capo III.

RAPPORTI TRA I CONFIDEIUSSORI.

Sommario: 738. Premessa.

738. — Ad esaurire la trattazione degli effetti della fideiussione occorre l'analisi di tali effetti tra più fideiussori.

Noi abbiamo veduto che se più persone hanno fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito, ciascuna d'esse rimane obbligata per l'intero debito (Cod. it., art. 1911); ma ciascuna di tali persone se non ha rinunciato al beneficio della divisione, può esigere che il creditore divida pre-

(1) Così scrive il Troplong, n. 414. Vedi anche in questo senso: Demolombe, XXVI, n. 427; Aubry et Rau, IV, § 298, nota 41; Laurent, XVII, n. 365 - Douai, 12 février 1891 (*Dalloz*, 1893, 2, 481). — Contro: Larombière, art. 1216, n. 3; Planiol, nota in *Dalloz*, 1893, 2, 481; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1108, p. 536.

Digitized by Google

ventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuna (Cod. cit., art. 1912) (1). Oltre a ciò il confideiussore che ha pagato o l'intero debito o la sua parte ha azione di regresso, di subingresso e di rilevazione verso il debitore (2). Se non che, data l'insolvibilità del debitore, il regresso e il subingresso sono, per il fideiussore che ha pagato, azioni vane, se non ha assicurato il proprio rimborso mediante l'azione di rilievo; ed allora vien fatto di domandarsi se egli non possa agire contro gli altri fideiussori per la loro rispettiva porzione, avendoli egli con l'eseguito pagamento liberati tutti.

A) — Legislazione comparata.

Sommario: 739. Legislazione romana. — 740. Diritto francese anteriore al Codice. — 741. Legislazioni odierne.

739. — Nella legislazione romana, in forza della legge Apuleia, sussisteva, tra gli *sponsores* e tra i *fidepromissores* d'un medesimo debitore, una specie di società per modo che colui il quale pagava, aveva un regresso contro gli altri mediante l'azione *pro socio*. Se non che questa regola non si poteva applicare ai *fideiussores*: « . . . . . Alia sane est fideiussorum « conditio, nam ad hos lex Apuleia non pertinet » (3).

Sicchè il diritto romano negava al fideiussore che aveva pagato ogni azione contro i confideiussori, tranneché si fosse fatto cedere le azioni del creditore: « Ut fideiussor — dice « Modestino — adversus confideiussorem suum agat danda « actio non est: ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem « quantitatis, cum alter electus a creditore totum exsolverit, « nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a con- « fideiussore convenietur ». (L. 39, D. *de fidei*, 46, 1) (4).

I giureconsulti romani si fondavano sul principio che quando più persone prestano garanzia per uno stesso debitore non contraggono alcuna obbligazione fra loro, perocchè

(1) Vedi *retro*, n. 602 e seg.
(2) Vedi *retro*.
(3) Gaii, *Inst. comm.*, III, § 122.
(4) Vedi inoltre L. 11, Cod. *de fidei*.

Digitized by Google

ognuno si propone soltanto di amministrare l'affare del debitore principale e non quello dei suoi confideiussori (1).

740. — Nel diritto francese anteriore al Codice il principio romano apparve troppo severo; sicchè non fu richiesta alcuna surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore, e si autorizzò il fideiussore, che ha pagato tutto il debito, a ripetere da ciascuno dei confideiussori la rispettiva porzione.

Così disponeva lo Statuto riformato di Bretagna (art. 194), e tale era l'opinione di ARGENTRÉ sull'art. 213 dello stesso Statuto antico (2).

POTHIER avvertiva poi che questa azione del fideiussore contro i confideiussori non nasce dal contratto di garanzia, perocchè i confideiussori non hanno contratto fra loro alcuna obbligazione con la fideiussione; essa deriva dal pagamento e dalla equità, la quale non permette che quei confideiussori i quali erano tenuti al debito al pari del fideiussore che ha pagato, approfittino a sue spese del pagamento ch'egli ha fatto. Questa azione non è la vera azione « negotiorum gestorum », perchè il fideiussore che ha pagato il debito intero, avendo pagato ciò che effettivamente doveva, ed essendosi liberato dalla sua propria obbligazione, *proprium negotium gessit magis quam confideiussorum*; ma è questa una azione *utilis negotiorum gestorum* « quae non ex subtili juris ratione, « sed ex sola utilitatis et aequitatis ratione proficiscitur » (3).

Il diritto romano aveva infatti simili *azioni utili* le quali non erano fondate direttamente sulle parole della legge, ma sopra una interpretazione analogica cui si poteva ricorrere quando un caso non era contemplato, ma poteva esser risolto conformemente ad altro caso contemplato, essendovi per entrambi l'*eadem ratio* di decidere (L. 47, D. *de negot. gest.*; L. 6 pr., §§ 1, 2, D. *comm. dividundo*) (4).

741. — Al Corpo legislativo in Francia il TREILHARD fu sfavorevole al principio che accorda il regresso al fideiussore in base alla *negotiorum gestio*, e sostenne invece che il fide-

(1) POTHIER, n. 446.
(2) Vedi POTHIER, n. 446.
(3) POTHIER, n. 446.
(4) CORSI, p. 221-222.

Digitized by Google

iussore che paga può soltanto godere del *subingresso*, sottentrando nelle ragioni del creditore, ossia esercitando contro i confideiussori i diritti che il creditore eserciterebbe egli stesso se non fosse pagato.

Ma il concetto del regresso diretto verso i confideiussori, propugnato dal tribuno Chabot, cui si associò il tribuno Lahary (1), riuscì vittorioso ed entrò nel Codice francese (art. 2033) e nell'italiano (art. 1920) a termini del quale « se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito, ha regresso contro gli altri fideiussori per la loro rispettiva porzione. Il regresso però non ha luogo che quando il fideiussore abbia pagato in uno dei casi espressi nell'articolo precedente » che riguarda, come sappiamo, l'azione di rilevazione. Conformemente disponevano i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1905; parmense, art. 2062; sardo, art. 2070; estense, art. 2050; e i Codici vigenti: neerlandese, art. 1781; della Luigiana, art. 3027; di Haiti, art. 1797.

Il Codice portoghese, art. 845, il messicano, art. 1873, e lo spagnuolo, art. 1844, contengono una regola eguale a quella dei Codici italiano e francese, in quanto dispongono anch'essi che, se vi sono due o più fideiussori d'un medesimo debitore per uno stesso debito, colui che ha pagato l'intero debito ha un regresso contro gli altri per la loro rispettiva parte (2). Se non che, a differenza delle citate legislazioni, la detta regola è applicabile non in tutti i casi previsti dall'articolo relativo all'azione di rilevazione, ma soltanto se il pagamento è domandato giudiziariamente o se il debitore principale è in fallimento (Cod. portoghese, art. cit., § 2; spagnuolo, art. cit., § 3; messicano, art. 1875) (3). Lo stesso Codice portoghese, art. 1845, § 1, il citato Codice messicano, art. 1874, e il Codice spagnuolo, art. 1844, § 2, soggiungono che se uno dei confideiussori è insolvibile, la sua parte va a

(1) Chabot, *Rapport au Tribunat* (Fenet, XV, p. 57); Lahary, *Exposé des motifs au Corps législatif* (Fenet, XV, p. 86).

(2) Vedi anche il Codice del Guatemala, art. 2239.

(3) Il Codice spagnuolo, art. cit., aggiunge il caso in cui il debitore sia in istato di insolvibilità assoluta.

Digitized by Google

carico degli altri nell'indicata proporzione (1), e ai rispettivi art. 846, 1876 e 1845 dispongono che se il confideiussore il quale ha pagato il debito agisce contro gli altri fideiussori, questi possono opporgli le eccezioni che il debitore principale avrebbe potuto invocare contro il creditore, tranne che esse siano puramente personali al debitore (2).

Altre legislazioni accordano al confideiussore non un regresso, ma un subingresso. Così è nel sistema della legislazione chilena, art. 2378; dell'Uruguay, art. 2100, e della columbiana, art. 2403, e argentina, art. 2038 e 2037, che accordano al detto fideiussore, il quale paga più di quanto proporzionalmente gli incombe, la *surrogazione* per l'eccedenza, nei diritti del creditore contro i confideiussori. Per le stesse legislazioni chilena, art. 2379; dell'Uruguay, art. 2101; columbiana, art. 2404, e argentina, art. 2039 e 2040, i confideiussori non possono opporre, a colui che ha pagato, le eccezioni puramente personali del debitore principale; nè opporre al confideiussore che ha pagato le eccezioni puramente personali che spettavano ad esso contro il creditore e di cui non volle valersi.

Accorda il subingresso anche il Codice baltico (4531-4533), per il quale se vi sono confideiussori, quello fra loro che ha pagato il debito dev'essere surrogato nei diritti del creditore non solo contro il debitore principale, ma anche contro gli altri fideiussori. Tuttavia in alcune città il fideiussore ha azione contro i coobbligati anche in mancanza di surrogazione espressa (3).

Parla invece di regresso anche il Codice austriaco, § 1359, per il quale, se per la totalità della stessa somma vi sono più fideiussori, ciascuno è tenuto per la totalità. Se poi alcuno di essi paga tutto il debito, esso ha, come un condebitore solidario, il regresso proporzionale verso gli altri (§ 896).

Menzioniamo inoltre la disposizione dell'art 496, Codice federale svizzero delle obbligazioni, per la quale « se i fideiussori si sono espressamente obbligati in solido col debitore

(1) Confr. Codice del Guatemala, art. 2240.

(2) Il Codice messicano, art. cit., aggiunge: « ó del fiador que hizo el pago ».

(3) Lehr, *Élém. de droit civil russe*, II, n. 1377, p. 453.

Digitized by Google

principale, in conformità dell'art. 495, o fra di loro, ognuno è responsabile dell'intero debito, *salvo il regresso proporzionale verso i confideiussori* ».

Secondo il Codice generale del Montenegro, art. 470, § 2, ogni perdita risultante dalla fideiussione è sopportata egualmente da tutti i confideiussori, se non è convenuto diversamente.

Per il Codice germanico, § 774, 2°, i confideiussori rispondono fra loro soltanto secondo il § 426 relativo ai debitori in solido, a termini del quale essi sono, per conseguenza, nei rapporti fra loro, obbligati in parti eguali (1).

Da ultimo, a seconda del Codice giapponese, art. 465, allorchè vi sono più fideiussori, se l'uno di essi ha pagato tutto il debito o più della sua parte per il fatto che il debito principale è indivisibile, o che ciascuno d'essi si è obbligato con una particolare convenzione, al pagamento integrale, sono applicabili per analogia le disposizioni degli art. 442-444, relative al regresso e alle eccezioni spettanti ai condebitori solidali. All'infuori dei casi accennati, se uno dei fideiussori non solidari fra loro ha pagato l'intero o più della sua parte, sono applicabili per analogia le disposizioni dell'art. 462 relativo all'indennizzazione spettante al fideiussore che s'è vincolato all'insaputa del debitore principale o contro la volontà dello stesso debitore.

B) — Natura dell'azione contro i confideiussori.

SOMMARIO: 742. Opinioni varie. — 743. Esame critico di tali opinioni. — 744. *L'actio utilis negotiorum gestorum*. — La surrogazione legale.

742. — Riguardo alla natura dell'azione che la legge accorda al fideiussore il quale ha pagato verso i confideius-

(1) ENNECCERUS und LEHMAN, *op. cit.*, I, § 326, p. 699, e gli altri commentatori citati nella *Parte Generale*, in nota 4 a p. 30, sul citato § 774, 2°. Vedi anche il *Landrecht* prussiano, §§ 373-374, a termini del quale le contestazioni tra confideiussori dovevano essere giudicate, in mancanza di convenzioni, secondo le regole generali sulle obbligazioni solidali. Ma se più persone, ciascuna separatamente, hanno garantito un medesimo debito, il creditore, per il § 378, può domandare il pagamento ad uno dei fideiussori, senza che colui il quale avrà pagato possa esercitare il regresso contro gli altri.

Digitized by Google

sori, v'è controversia perchè taluno opina che essa consista in una surrogazione nei diritti del creditore (1), mentre altri pensano con POTHIER che è un'azione utile di gestione d'affari (2), ed altri reputano che essa sia ad un tempo il risultato di una surrogazione e di un'utile azione *negotiorum gestorum* (3), ed altri finalmente opina che essa ha fondamento nell'*utilis gestio* e nella surrogazione « ed in certo modo anche nella società fra i vari fideiussori obbligati per un sol debitore, secondo i romani » (4).

743. — Cominciamo ad osservare che la ricerca della natura giuridica di un'azione non è mai inutile nè per la scienza nè per la pratica, perchè da quella discendono conseguenze che interessano la vita degli affari oltre che il sistema (5), come appare, per dare un esempio, dai diversi effetti dell'azione *negotiorum gestorum*, in confronto a quelli proprii della surrogazione che in date circostanze può essere per il fideiussore un mezzo più sicuro.

Ciò posto va escluso in primo luogo che l'azione di regresso di cui parla l'art. 1920 Cod. it., sia una surrogazione nei diritti del creditore. Perocchè se il fideiussore che paga fosse surrogato in tali diritti del creditore verso i confideiussori, egli dovrebbe poter esercitare questi diritti nei limiti stessi in cui potrebbe esercitarli il creditore, e conseguentemente dovrebbe avere *in ogni caso* un'azione contro i confi-

(1) ZACHARIAE, III, p. 164. Conf. i citati Codici chileno, art. 2378; dell'Uruguay, art. 2100, e columbiano, art. 2403.

(2) POTHIER, n. 446; CORSI, p. 221-222; GUILLOUARD, n. 210, p. 238, e n. 214, p. 242-243. Confr.: LAURENT, n. 264; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1129, p. 545: « Les travaux préparatoires paraissent cependant considérer le recours comme dérivant d'une gestion d'affaires ».

(3) TROPLONG, n. 421.

(4) GALDI, p. 161.

(5) È quanto non ha avvertito il GALDI, p. 161, il quale scrive che « senza darsi carico di questo *inutile* rigoroso sistema di categorie, il fondamento giuridico dell'azione di regresso, che spetta al fideiussore che ha pagato contro gli altri confideiussori per la comune obbligazione, sta appunto nell'obbligo di ciascuno di concorrere per una quota, della quale deve rivaler l'altro che ha pagato per lui ». Dove è evidente la petizione di principio, equivalendo tale proposizione al dire che il fideiussore ha il *diritto* di regresso, perchè i confideiussori hanno il *dovere* di rimborsargli ciascuno la sua quota.

Digitized by Google

deiussori, mentre, a norma del capoverso della disposizione legislativa su riferita, il regresso è accordato soltanto quando il fideiussore abbia pagato in uno dei casi espressi nell'articolo 1919 Cod. it. (Cod. franc., art. 2032). Il concetto della surrogazione è poi escluso dallo stesso testo della legge, essendo che il testo parla di *un'azione di regresso* e non di una *surrogazione* (1).

Queste considerazioni tolgono il fondamento alla teoria secondo la quale l'azione in discorso sarebbe il risultato di un'utile gestione d'affari e insieme di una surrogazione.

Nè può sussistere la terza opinione, secondo la quale ai detti due elementi si potrebbe aggiungere un terzo elemento risultante da quella specie di società tra i confideiussori nel senso romano. Opinione questa che è contraria in primo luogo ai testi romani, i quali parlano di una specie di società tra gli *sponsores* e i *fidepromissores*, ma non tra i *fideiussores*, dagli uni e dagli altri distinti secondo i principii allora seguiti (2). Oltre a ciò, il concetto di una specie di società tra i confideiussori è contrario al diritto odierno dove non si trova alcun principio che possa servire di serio fondamento a tale affermazione.

744. — Noi crediamo che l'antico concetto della utile gestione d'affari sia perfettamente giuridico e logico.

Affinchè il *negotiorum gestor* possa esigere dal *dominus* il rimborso di quanto pagò, mediante l'*actio negotiorum gestorum contraria*, occorre in primo luogo che tra l'affare compiuto e quelli del *dominus* esista una *relazione oggettiva*; e questo estremo si verifica, nella questione che occupa, in quanto il fideiussore che paga, non paga un debito cui gli altri fideiussori siano estranei, ma paga lo stesso loro debito verso il comune loro creditore. Occorre in secondo luogo che la spesa (il pagamento) fatta dal *gestor* sia stata utile almeno nel

(1) Vedi: Laurent, n. 264; Guillouard, n. 214, p. 242-243; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1129, p. 545, i quali si fondano anche sui lavori preparatori, nonostante un passo di questi lavori che sembra ammettere il contrario (Discorso di Lahary al Corpo legislativo, in Fenet, XV, p. 86). — Contro: Duranton, XVIII, n. 366; Pont, II, n. 309.

(2) Vedi la *Parte Generale*, di quest'opera n. 15-17.

Digitized by Google

tempo in cui fu compiuta, essendo l'utilità il fondamento del quasi contratto di gestione d'affari; e nel caso in discorso è certo che il pagamento eseguito dal fideiussore è utile agli altri confideiussori in quanto si tratti del pagamento d'un debito che essi non avrebbero potuto evitare di pagare al creditore qualora non l'avesse soddisfatto il fideiussore, il quale li ha tutti liberati. Occorre in terzo luogo che la spesa (il pagamento) non sia stata fatta *donandi animo*; e nel punto di cui ci occupiamo tale condizione è presupposta. Da ultimo è necessario che il gestore abbia amministrato l'affare *altrui* (Cod. it., art. 1141); ed è questo il punto che ha dato luogo a controversie, essendosi affermato che il fideiussore pagando il debito amministra più il proprio affare (poichè paga il proprio debito), che gli affari dei confideiussori.

Ma se questa considerazione esclude che al fideiussore possa spettare una azione *negotiorum gestorum* propriamente detta, non esclude che gli spetti un'*actio utilis negotiorum gestorum*, fondata, come quella, sull'*utilità*, recata dal *gestor* al *dominus*, consistente, nel caso concreto, nel pagamento di un debito che era proprio non soltanto di chi ha pagato, ma anche degli altri confideiussori. Onde, *effectu inspecto*, il pagamento, eseguito dal fideiussore, di un debito comune a chi paga e ad altri, è, di fronte ai confideiussori, per quanto concerne la loro liberazione, produttivo di conseguenze eguali a quelle del pagamento compiuto da persona che paghi un debito esclusivamente proprio dei confideiussori stessi. Essi hanno effettivamente ricevuto una *utilità* dal pagamento eseguito dal fideiussore, ed è in base a questa utilità che il *solvens* ha un'azione personale contro ciascuno di loro *pro rata*, consistente nell'*actio utilis negotiorum gestorum*, nulla rilevando che il fideiussore abbia pagato ciò che doveva egli stesso e per liberare sè stesso.

Va pertanto escluso altresì che il regresso del fideiussore il quale ha pagato consista in un'*actio de in rem verso* (azione d'indebito arricchimento).

Il fideiussore che ha pagato non s'è ingerito senza necessità in un affare altrui, procurando ad altri un profitto, ma facendo quanto non avrebbe fatto lo stesso *dominus*, nel qual

Digitized by Google

caso potrebbe spettargli un'*actio de in rem verso* (1). Al contrario egli col fatto pagamento del debito comune s'è intromesso, con evidente necessità, negli affari dei confideiussori, facendo ciò che essi stessi avrebbero dovuto fare, qualora fossero stati escussi dal creditore. L'azione utile fondata sulla gestione d'affari è perciò logicamente ammissibile. Essa è il fondamento positivo del regresso accordato al fideiussore, mentre la ragione filosofica è l'equità, la quale non consente che i confideiussori approfittino del pagamento a spese del fideiussore che li ha liberati da un'obbligazione cui ciascuno d'essi non avrebbe potuto sottrarsi in ogni modo.

Più sopra abbiamo dimostrato che l'azione di cui parla l'art. 1920 Cod. it. (Cod. franc., art. 2033) è un'azione personale al fideiussore e non un'azione spettante al medesimo per virtù di subingresso nei diritti del creditore.

Ma ciò non significa che il fideiussore non possa valersi della surrogazione legale nei diritti del creditore, a termini dell'art. 1253, n. 3, Cod. it. (Cod. franc., art. 1251, n. 3), per il quale la surrogazione ha luogo di diritto a vantaggio di colui che, essendo obbligato *con altri* o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo. Nessuna ragione vieta di applicare al fideiussore questa regola dal momento che egli è obbligato *con altri*, ossia con gli altri fideiussori, al pagamento del debito. Non si oppone a ciò il principio dichiarato nel citato art. 1920 Cod. it., perocchè esso significa soltanto che in tale testo non si contempla la surrogazione legale, ma non esclude che questa possa spettare al fideiussore in forza di un altro testo e, precisamente, in virtù del riferito art. 1253, n. 3, che pertanto non è affatto incompatibile col primo testo, per lo stesso motivo per cui non v'è incompatibilità tra il regresso e la surrogazione che possono coesistere (2).

(1) Sulle differenze tra l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio de in rem verso* vedi Cass. Roma, 2 dicembre 1886 (*Legge*, 1887, II, 7). Vedi inoltre sui rapporti fra tali azioni: Cass. Roma, 21 dicembre 1889 (*Legge*, 1890, I, 693); 10 gennaio 1896 (*Id.*, 1896, I, 255). Sull'*actio de in rem verso* consulta inoltre Andreas von Tuhr, *Actio de in rem verso*, Freiburg und Leipzig, 1895.

(2) Che il fideiussore possa far valere, contro i confideiussori, anche la surrogazione legale, è ammesso pure da Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1130, testo e nota 4 a p. 545.

Digitized by Google

Ne segue che il fideiussore può sperimentare, contro i confideiussori, le garanzie del creditore così come può farle valere contro il debitore principale (1).

C) — Condizioni per l'esercizio dell'azione contro i confideiussori.

SOMMARIO: 745. Se nel caso d'insolvibilità del debitore spetti al fideiussore il regresso prima di aver pagato. — 746. Se quando uno dei fideiussori è giudizialmente convenuto dal creditore abbia azione contro i confideiussori per le spese fatte dopo la denuncia della lite. — 747. Validità del pagamento. — 748. Pagamento parziale. — 749. Prova del pagamento. — 750. In quali casi il fideiussore che ha pagato può esercitare il regresso verso i confideiussori.

745. — Analizziamo ora le condizioni richieste per l'esercizio dell'*actio utilis negotiorum gestorum*.

La disposizione che stiamo esaminando accorda il regresso al fideiussore « che ha pagato il debito ». Adunque la prima condizione necessaria è che il pagamento del debito sia un fatto compiuto allorchè il fideiussore vuole agire contro i confideiussori (2).

Ne segue che anche nel caso di insolvibilità del debitore principale, non spetta al fideiussore il regresso prima ch'egli abbia pagato; e infatti se il regresso ha per fondamento l'utile gestione d'affari, esso non può sussistere prima che gli affari dei confideiussori siano stati utilmente amministrati.

Si opinava diversamente nel diritto francese anteriore, sostenendosi allora che nel caso d'insolvibilità del debitore principale, il fideiussore anche prima di aver pagato aveva azione contro i confideiussori, affinchè questi contribuissero con lui al pagamento della somma che tutti dovevano. E si

(1) Autori citati, *loc. cit.*

(2) Se più avallanti garantiscono lo stesso obbligato cambiario, chi di loro paga ha azione cambiaria di regresso contro i coavallanti per la loro rispettiva porzione? Risponde il VIVANTE, *Trattato di dir. comm.*, IV, parte I, n. 1702, p. 137, che chi ha pagato è bensì *surrogato* nei diritti cambiari del possessore contro la persona avallata e gli obbligati anteriori; « ma non ha *azione cambiaria di regresso* contro gli altri avallanti per la loro rispettiva porzione. La legge cambiaria non regola questa azione, la cui natura dipende dai rapporti fondamentali occorsi tra i coavallanti. La realtà di questi rapporti determina l'esercizio di questo diritto di regresso ».

Digitized by Google

sosteneva persino che, nel caso di insolvibilità del debitore di una rendita costituita, un fideiussore che si trovasse da tempo considerevole garante di quella rendita, aveva azione contro i confideiussori per costringerli a contribuire con lui alla redenzione della rendita (1).

Ma prescindendo dal considerare che oggidì queste opinioni sono contrarie al testo della legge vigente e alla ragione su cui questa si fonda, è facile vedere che tale principio era infondato anche in astratto, perocchè, pur ammesso che l'azione del fideiussore contro i confideiussori sia fondata sull'equità nascente dalle azioni spiegate contro lui, è chiaro che tale azione è senza fondamento finchè il fideiussore non sia convenuto dal creditore (2).

746. — Segue inoltre, a nostro avviso, dall'esposto principio che quando uno dei fideiussori è giudizialmente convenuto dal creditore, non ha azione contro i confideiussori onde ciascuno d'essi sia tenuto per la sua parte alle spese fatte dopo che gli è stata denunciata la lite.

In contrario si è così argomentato.

L'azione del fideiussore contro i confideiussori nasce dalla domanda spiegata contro il fideiussore, e dall'equità la quale non permette che tra varie persone tutte tenute egualmente ad uno stesso debito, una sia convenuta piuttosto che le altre; e sopra questa ragione appunto è stato stabilito il beneficio di divisione tra i confideiussori. La medesima ragione d'equità che fa ammettere un fideiussore convenuto per il pagamento a domandare al creditore che divida la sua azione fra tutti i fideiussori, lo deve parimenti far ammettere a domandare ai confideiussori che contribuiscano, ciascuno per la sua parte, al pagamento del debito, e, in mancanza di ciò, al pagamento delle spese fatte dopo che la lite fu ad essi denunziata (3).

(1) Basnage, *Ipoteche*, parte II, cap. 6, che cita alcuni decreti del Parlamento di Normandia, i quali così giudicarono; Brodeau sopra Louet, lett. *f*, cap. 27, che cita un decreto del Parlamento di Parigi. — Autori citati da Pothier, n. 446.

(2) Così argomentava Pothier, *loc. cit.* In senso conforme per il diritto vigente, e quindi per ragioni diverse: Troplong, n. 422; Guillouard, n. 211, p. 239; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1133, p. 546.

(3) Pothier, *loc. cit.*

Digitized by Google

Questo ragionamento era possibile quando non era ancora scritto l'art. 2033 del Cod. franc. (Cod. it., art. 1920 cit.); non può invece sostenersi oggidì di fronte alla chiara disposizione legislativa che esaminiamo. Certamente la massima di POTHIER è conforme all'equità; ma nella risoluzione di ogni controversia, nel sistema delle leggi scritte, non si può fare astrazione dal testo specialmente se esso è chiaro ed esplicito, come il nostro che accorda un'azione al fideiussore soltanto a condizione che abbia già pagato il debito. Senza dire poi che anche a voler considerare la questione sotto l'aspetto del fondamento positivo dell'azione fideiussoria, il quale, nel nostro sistema che è quello di POTHIER, è l'azione utile di gestione d'affari, questa non avrebbe ragione d'essere finchè l'affare non sia stato amministrato. Per chi poi, a torto, fonda il regresso del fideiussore sopra la surrogazione, l'azione del fideiussore è egualmente priva di fondamento, in quanto non è ancora avvenuto il solo fatto che al subingresso può dar vita, ossia il pagamento (1).

747. — In secondo luogo è necessario all'esercizio del regresso che il pagamento eseguito dal fideiussore sia necessario e valido, per modo che il debito sia stato regolarmente estinto; perocchè altrimenti il regresso manca di fondamento, non potendosi parlare di utile gestione d'affari, allorchè il fideiussore non ha recato un'utilità ai confideiussori.

Laonde se il pagamento fatto dal fideiussore è nullo e non ha quindi liberato il debitore nè, per conseguenza, i confideiussori; e se il fideiussore ha pagato mentre il debitore non era più obbligato a pagare, o ha pagato senza avvertire il debitore, che nell'ignoranza di ciò ha pagato anche lui, non sorge il diritto di regresso contro i confideiussori (2).

748. — Non è però necessario, perchè il pagamento sia produttivo di regresso, che il fideiussore abbia pagato la totalità del debito, perocchè il fideiussore amministra utilmente gli affari dei confideiussori anche se estingue il debito soltanto in parte e in soprappiù di quanto doveva pagare egli stesso.

(1) Confr. TROPLONG, n. 424.

(2) PONT, nn. 312-313; LAURENT, n. 266; CORSI, p. 233; GUILLOUARD, n. 212, p. 241; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1134, p. 547.

Digitized by Google

In questo caso il fideiussore esercita un'utile gestione per quanto ha pagato in eccedenza sulla propria parte; ed ha il diritto di regresso per questa sola eccedenza (1), mentre non ha regresso se ha pagato soltanto la sua parte (2).

749. — La prova del pagamento da farsi conformemente alle regole ordinarie vigenti per le materie civili e a quelle che valgono per le materie commerciali, incombe al fideiussore che afferma d'aver pagato (3).

750. — Occorre ora di determinare in quali casi il fideiussore che ha pagato può esercitare il regresso verso i confideiussori.

Per la vigente legislazione, tale regresso « non ha luogo che quando il fideiussore abbia pagato in uno dei casi espressi nell'articolo precedente » relativo all'azione di rilievo (Codice italiano, art. 1920 capov.; franc., art. 2033 capov.).

Il testo e lo spirito della riferita limitazione che la legge appone al diritto di regresso, indicano chiaramente essere sufficiente che il fideiussore abbia pagato *in uno qualsiasi* dei cinque casi previsti dall'art. 1919 Cod. it. (Cod. franc., articolo 2032), e cioè senza distinzione fra caso e caso.

Fu però sostenuto che il fideiussore ha il regresso soltanto se ha pagato il debito in uno dei casi previsti dai numeri 1, 2 e 4 dell'articolo citato, relativo all'azione di rilievo e cioè: 1° nel caso in cui il fideiussore ha pagato dopo essere stato convenuto giudizialmente per il pagamento; 2° quando il debitore sia fallito, o si trovi in istato di non solvenza; 3° quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto per il pagamento (4). Di modo che, secondo tale opinione, il fideiussore non avrebbe il regresso: 1° se, essendosi il debitore obbligato di liberare il fideiussore in un tempo determinato, il fideiussore abbia pagato dopo che è scaduto il termine; 2° se il fideiussore abbia pagato dopo dieci anni dalla data dell'obbligazione, quando questa non aveva un termine fisso per la scadenza.

(1) Conf.: Guillouard, n. 212, p. 241; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1135, p. 547.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1136, p. 547.

(4) Così opinano: Duranton, n. 366; Ponsot, n. 292; Corsi, p. 230-233.

Digitized by Google

Gli argomenti su cui si appoggia questa dottrina si riassumono nei seguenti: 1° nei due casi previsti ai numeri 3 e 5 del citato articolo, il fideiussore in luogo di pagare il debito, procede contro il debitore per essere liberato dalla garanzia. Si comprende il regresso quando, come nei casi contemplati ai nn. 1, 2 e 4, il pagamento si rese necessario per l'inevitabile esigibilità del debito, che si verifica allorchè *dies cedit et venit*; ma non è concepibile tale regresso nei casi previsti dai numeri 3 e 5 nei quali il fideiussore essendo autorizzato ad agire contro il debitore non già per il pagamento, ma per essere liberato dalla durata della fideiussione, non si troverebbe nella condizione di dover promuovere l'azione di regresso, che si fa unicamente dipendere dal previo pagamento del debito garantito (1); 2° poichè il fideiussore, esercitando l'azione di rilievo, nei casi previsti ai numeri 3 e 5, poteva ottenere, facilmente e senza pagare, la propria liberazione, egli, pagando, ha male amministrato l'affare comune, e quindi non è equo l'accordargli il regresso (2); 3° è bensì vero che la Relazione al Tribunato fatta da Chabot chiaramente dichiara che il regresso spetta al fideiussore in tutti e cinque i casi contemplati dall'art. 2032 Cod. francese (3); ma per quanto autorevoli vogliano reputarsi le opinioni di coloro che prendono parte alle discussioni sui disegni di leggi, non è però da quelle soltanto che devono desumersi i criteri necessari a risolvere le questioni d'interpretazione (4).

Questa argomentazione è infondata. Senza invocare esclusivamente la chiarissima dichiarazione di Chabot che pienamente conferma la nostra interpretazione, ma che, per sè sola, non sarebbe abbastanza decisiva, si osserva in primo luogo

(1) Duranton, *loc. cit.*; Corsi, p. 232.

(2) Ponsot, *loc. cit.*

(3) *Rapport au Tribunat*, in Fenet, XV, p. 58: « Ce fideiusseur, ne peut exercer le recours, s'il a payé sans avoir été poursuivi en justice par le créancier, ou sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture, *ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur serait obligé de lui rapporter décharge*, ou avant l'échéance de l'obligation, *ou avant l'expiration de dix années, lorsque l'obligation n'avait pas de terme fixe d'échéance*, ou avant l'expiration du temps déterminé pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre ».

(4) Corsi, p. 230-231.

Digitized by Google

che la interpretazione avversaria è contraria al testo della legge, la quale dichiarando al citato articolo che il regresso ha luogo quando il fideiussore abbia pagato « *in uno dei casi* espressi nell'articolo precedente », esclude che tale regresso debba essere limitato ai casi previsti dai numeri 1, 2 e 4. Non è infatti possibile il dare alla frase *in uno dei casi* una portata ristretta senza violentare quel senso « fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore » che l'art. 3 delle disposizioni preliminari del Cod. civ. italiano esige giustamente sia rispettato. Riguardo alla intenzione del legislatore, non solo non v'è ragione di credere che esso abbia voluto escludere il regresso nei casi contemplati ai numeri 3 e 5, ma, al contrario, v'è una ragione decisiva per ritenere che abbia inteso di accordare il regresso anche nei detti casi, perchè se il fideiussore che in tali ipotesi agisce con l'azione di rilievo non può ottenere nè la propria liberazione dalla garanzia nè può ottenere che il debitore paghi il debito, egli può trovarsi nella necessità di pagarlo lui stesso, ed allora il suo regresso contro i confideiussori è pienamente fondato (1), avendo egli, col pagamento, bene amministrato l'affare comune col liberare i confideiussori mediante l'unico mezzo per lui possibile.

Noi sappiamo che l'azione di rilievo può esplicarsi sia con l'obbligare il debitore a pagarè, sia con l'ottenere per mezzo suo la liberazione del fideiussore dalla garanzia, sia con l'obbligare il debitore stesso a fornire al fideiussore idonee garanzie (2). Certamente al fideiussore conviene, nel suo proprio interesse e in quello dei confideiussori, di sperimentare tutti questi mezzi prima di pagare lui il debito nei casi tutti previsti dall'articolo relativo all'azione di rilievo e quindi anche nei casi espressi dai numeri 3 e 5. Ma poichè può accadere che egli si trovi costretto a pagare, il legislatore non doveva fare la distinzione propugnata dai citati autori, e non l'ha fatta in realtà.

(1) Guillouard, n. 211, p. 240-241; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1133, p. 546-547. Vedi inoltre in senso conforme: Troplong, n. 425; Aubry et Rau, § 428, testo e nota 1; Pont, n. 314; Laurent, n. 265.

(2) Vedi *retro*, n. 713.

Digitized by Google

D) — Contro chi può esercitarsi l'azione.

SOMMARIO: 751. Fideiussioni prestate per atti successivi. — 752. Se spetti al fideiussore il regresso contro colui che diede ipoteca a garanzia del medesimo debito. — 753. Se spetti il regresso al fideiussore contro il terzo possessore che deve soffrire l'ipoteca per l'acquisto da lui fatto dell'immobile che ne è gravato. — 754. Se il fideiussore, nel caso di più debitori solidali, ciascuno dei quali ha dato separatamente un fideiussore, possa esercitare il regresso contro gli altri garanti.

751. — Ed ora stabiliamo contro quali confideiussori, chi ha pagato, può esercitare il regresso.

È chiaro che questo regresso può sorgere soltanto contro coloro che come il fideiussore « hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito » (Codice it., articolo 1920; franc., art. 2033 cit.). Ma non è necessario che le garanzie siano state prestate contemporaneamente, perocchè nè la legge nè la logica esigono tale condizione. Onde il regresso sorge ancorchè le fideiussioni siano state prestate per atti successivi, ossia separatamente (1).

752. — Il regresso, di cui ci occupiamo, non compete al fideiussore che ha pagato contro colui che diede ipoteca a garanzia del medesimo debito (2).

Si oppone alla concessione del regresso, che taluno ha erroneamente propugnata (3), il testo della legge, la quale accorda il regresso soltanto contro i *confideiussori*, siccome risulta dalle espressioni: « ha regresso contro *gli altri fideiussori* » (Cod. it., art. 1920; francese, art. 2033 cit.). E chi ha consentito un'ipoteca a garanzia di un debito non è un fideiussore, perocchè mentre questi è tenuto sempre in forza di un'obbligazione personale, il datore d'ipoteca è tenuto in forza d'un vincolo reale (4).

Resta però a vedere se il fideiussore che ha pagato non

(1) PONSOT, n. 282; TROPLONG, n. 426. — Contro: il citato *Landrecht* prussiano, § 378.

(2) TROPLONG, n. 427; CORSI, n. 243.

(3) PONSOT, n. 283.

(4) Vedi *retro*, n. 247.

Digitized by Google

possa valersi della ipoteca siccome surrogato nelle ragioni del creditore.

Escludiamo dapprima che il fideiussore possa valersi della *surrogazione legale* a termini dello articolo 1253, n 3, Codice italiano (Cod. franc., art. 1251, n. 3), perocchè tale subingresso legale spetta a « colui che, essendo obbligato *con altri* o *per altri* al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo » (art. cit.); mentre il fideiussore nè si trova obbligato congiuntamente e personalmente col datore d'ipoteca, nè è obbligato per lui (1).

Non segue tuttavia da tale massima che il fideiussore non possa valersi della ipoteca di cui parliamo. Se egli non gode del subingresso legale che la citata disposizione accorda in generale a tutti coloro che hanno pagato nelle dette condizioni, gode invece del *subingresso speciale per i fideiussori*, che l'art. 1916 Cod. it. (Cod. franc., art. 2029) concede ad ogni fideiussore il quale ha pagato il debito e che consiste nel diritto di sottentrare « *in tutte le ragioni* che aveva il creditore contro il debitore ». E noi già sappiamo che fra queste *ragioni* vanno comprese le ipoteche che il creditore aveva contro il debitore stesso (2), come si argomenta anche dall'art. 1928 Cod. it. (Cod. franc., art. 2037), dove espressamente si parla del subingresso nelle ipoteche (3).

Vanamente adunque si osserva che gli obbligati personali sono più strettamente vincolati di coloro i quali sono obbligati *re tantum*; che questi sono tenuti soltanto in mancanza di quelli, e che, estinto il debito principale, la loro obbligazione accessoria scompare (4)

Sono riflessioni inutili, di fronte alla disposizione relativa al *subingresso speciale fideiussorio*. Ed arbitraria è, da ultimo, l'affermazione che l'ipoteca, di cui parla il citato art. 2037

(1) Corsi, p. 244. Vedi inoltre, in senso conforme, Troplong, n. 427, ma con motivi inesatti, che confutiamo, poco oltre, nel testo.

(2) Vedi *retro*, n. 685.

(3) Vedi *ultra*.

(4) Così scrive il Troplong, n. 427, il quale esclude giustamente il fideiussore dal subingresso legale, di cui parla il citato art. 1251, n. 3, Codice francese; ma non tiene conto del *subingresso legale speciale* accordato dall'art. 2029 Cod. cit.

Digitized by Google

Cod. franc. (Cod. cit., art. 1928), non è un'ipoteca qualunque, ma è invece l'ipoteca non stabilita sopra un immobile che è passato nelle mani di un terzo possessore, il cui diritto è preferibile a quello del fideiussore (1). Nessuna distinzione di tal genere fa la legge, nè può farla per conseguenza l'interprete. Senza dire che le ragioni su esposte tolgono ogni fondamento a tale opinione anche sotto l'aspetto razionale, essendo illogico il favorire il terzo possessore e non anche il fideiussore.

753. — Diversa dalla questione ora risolta è l'altra, se spetti il regresso al fideiussore che ha pagato contro il terzo possessore, che senza aver consentita l'ipoteca deve subirla per l'acquisto da lui fatto dell'immobile che n'è gravato.

Il subingresso *speciale* che spetta al fideiussore deve essere conciliato, in questo caso, col subingresso *comune* di cui gode il terzo possessore.

Se questi ha dovuto pagare, fino alla concorrenza del prezzo d'acquisto dell'immobile, uno o più creditori, a favore dei quali il fondo è ipotecato, gode del subingresso legale nei diritti del creditore in forza dell'art. 1253, n. 2, Cod. italiano (Cod. franc., art. 1251, n. 2). E questo subingresso, in forza dell'art. 1254 Cod. it. cit. (Cod. franc., art. 1252), gli spetta sia contro i fideiussori come contro i debitori (2).

Ma se l'obbligazione garantita fu soddisfatta non dal terzo possessore dell'immobile ipotecato, bensì dal fideiussore che, per le circostanze, dovette sobbarcarsi a tale carico, non v'è alcuna ragione per negare al fideiussore il subingresso nelle ipoteche, che la legge gli accorda, senza distinzione, ogniqualvolta egli abbia pagato il debito.

Non v'è adunque nessun conflitto tra il subingresso del fideiussore e quello del terzo possessore; perocchè o sorge l'uno o sorge l'altro a seconda che l'obbligazione garantita abbia dovuto essere adempiuta dal fideiussore o dal terzo possessore (3).

(1) Troplong, n. 431.

(2) Conf. Troplong, n. 430, il quale però nega in ogni caso al fideiussore il subingresso contro il terzo possessore; il che è erroneo, per le ragioni che esponiamo nel testo.

(3) Corsi, p. 246-247.

Digitized by Google

Resta salvo al terzo possessore che ha pagato i crediti iscritti, o rilasciato l'immobile, o sofferta l'espropriazione, il regresso per indennità verso il suo autore, in base all'articolo 2022 Cod. it. (Cod. franc., art. 2178) (1).

754. — Nel caso di due o più debitori solidali, ciascuno dei quali ha dato separatamente un fideiussore che ha garantito non tutti i debitori, ma uno solo, riteniamo che il fideiussore il quale ha pagato non può esercitare il regresso contro gli altri garanti, poichè egli non ha prestato fideiussione per lo stesso debitore, ma soltanto per lo stesso debito.

Invece, secondo un' altra dottrina, questo caso dovrebbe essere parificato a quello contemplato dall'art. 1920 Codice italiano (Cod. franc., art. 2033 cit.), perchè si può dire che colui il quale si è reso garante per uno fra più debitori solidali, è anche, in qualche modo, fideiussore degli altri, dappoichè l'obbligazione di tutti questi debitori non essendo che una stessa obbligazione, acconsentendo all'obbligazione di colui per il quale si è reso fideiussore ha acconsentito a quella di tutti (2). Pertanto, se ciascun fideiussore è necessariamente garante di ciascuno e di tutti i fideiussori, tutti i fideiussori sono reputati aver mallevato *gli stessi debitori* per lo stesso debito, e quindi si entra per necessità sotto l'impero della disposizione relativa al regresso (3).

(1) Si noti che, per l'art. 2170 del Codice francese, il terzo possessore che non è obbligato personalmente per il debito, può opporsi alla vendita del fondo ipotecato a lui trasmesso, quando restano altri immobili ipotecati per il debito stesso, i quali siano posseduti dal principale o dai principali obbligati, e può domandarne la preventiva escussione, secondo le norme stabilite nel titolo della fideiussione. Invece, per l'art. 2013 del Codice italiano, il terzo possessore dell'immobile ipotecato, che non adempie alle formalità relative alla liberazione degli immobili dalle ipoteche, è tenuto o a rilasciare l'immobile senza alcuna riserva, o a pagare i crediti iscritti e i loro accessorii, a norma dell'art. 2010.

(2) Questa osservazione, che Troplong, n. 441, prende da Pothier, n. 413, fu scritta da quest'ultimo autore riguardo ad una questione diversa, ossia se quando più debitori principali hanno insieme contratta un' obbligazione solidaria, e l'uno di essi ha dato un terzo per fideiussore, questi possa obbligare il creditore ad escutere non solo quel debitore per cui egli si è costituito fideiussore, ma altresì tutti gli altri debitori principali. Questione che già risolvemmo negativamente: *retro*, n. 572.

(3) Così il Troplong, n. 441; Ponsot, n. 243. Confr. Duranton, n. 369.

Digitized by Google

Ma la legge si oppone a questa dottrina, perocchè essa accorda il regresso sotto due condizioni, ossia, l'accorda a quelli tra i fideiussori che hanno fatto sicurtà *per uno stesso debitore e per un medesimo debito*, mentre nella ipotesi fatta si tratta di più fideiussori che hanno mallevato separatamente più debitori. Esiste dunque una delle volute condizioni, ossia l'identità del debito, ma fa difetto la seconda condizione, e cioè l'identità del debitore. E non regge neppure l'asserzione che ciascun fideiussore è garante anche degli altri debitori; perocchè ogni fideiussore si è obbligato di garantire un solo debitore; quindi la garanzia dell'un fideiussore è indipendente dalla garanzia dell'altro fideiussore, ed il pagamento eseguito da un fideiussore non fa sorgere il regresso contro il fideiussore d'un altro debitore (1).

Non varrebbe poi l'osservare che, se il fondamento del regresso è l'utile gestione d'affari, nella specie il fideiussore che ha pagato ha utilmente amministrato gli affari degli altri fideiussori, in quanto estinguendo il debito, li ha tutti liberati. Ma non bisogna dimenticare che, pur essendo l'utile gestione d'affari la base del regresso, questo è sottoposto alle dette condizioni speciali per la fideiussione, fra le quali v'è l'identità del debitore. Per la qual cosa non si può prescindere da quanto la legge esige.

E) — Estensione dell'azione contro i confideiussori.

Sommario: 755. Limitazione del regresso a quanto il fideiussore ha pagato in estinzione della quota di ciascun confideiussore. — 756. Se, pattuita una surrogazione convenzionale nei diritti del creditore, il fideiussore abbia il regresso per l'intero contro ogni confideiussore, dedotta la propria parte. — 757-758. Continuazione. — 759. *Quid juris* se uno dei confideiussori è insolvente nel momento in cui il fideiussore che ha pagato esercita il regresso. — 760. Continuazione.

755. — L'azione di regresso del fideiussore che ha pagato, contro i suoi confideiussori, ha per oggetto di ottenere da ciascuno d'essi la sua rispettiva porzione (Cod. it., articolo 1920 cit.; franc., art. 2033 cit.), e non già l'intero valore

(1) Conf.: Ricci, n. 365; Corsi, p. 239-242.

Digitized by Google

dell' obbligazione garantita, perocchè, quantunque la legge dichiari che se più persone hanno fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito, ciascuna di esse rimane obbligata per l' intero debito (Cod. it., art. 1911; franc., art. 2025), tuttavia aggiunge che ciascun confideiussore, se non ha rinunciato al beneficio della divisione, può nondimeno esigere che il creditore riduca la sua azione alla parte di ciascuno (Cod. it., art. 1912; franc., art. 2026). Pertanto, il fideiussore che agisce contro i confideiussori siccome un *negotiorum gestor* con l'*actio utilis*, non può esigere da ciascun confideiussore l'intero valore garantito, perocchè egli ha utilmente amministrato gli affari dei confideiussori solamente in quanto ha pagato ciò che ognuno d'essi avrebbe dovuto pagare al creditore, qualora fosse stato da costui direttamente escusso. Per quanto eccede la quota di ciascun confideiussore, il regresso del fideiussore sarebbe perciò privo del suo fondamento, che è — ripetiamo — l'*utilis negotiorum gestio* (1).

756. — Ma, supposto che il fideiussore il quale ha pagato abbia pattuita una espressa surrogazione *convenzionale* nei diritti del creditore, si presenta il quesito se il fideiussore stesso abbia il regresso per l' intero contro ciascun confideiussore, fatta deduzione della sua parte; ossia se abbia contro ogni confideiussore quell'azione per l'intero che aveva prima del pagamento il creditore.

Tale questione ha una stretta analogia con la seguente che si faceva già nell'antico diritto francese: dati più condebitori solidari, se uno d'essi paga la totalità del credito, con surrogazione espressa, può agire per l'intero contro ciascuno dei condebitori, fatta deduzione soltanto della parte cui era tenuto egli stesso, e nella quale non ha potuto essere surrogato, oppure può agire contro ciascuno d'essi soltanto per la rispettiva porzione? (2).

(1) Questa ragione dei limiti del regresso non è bene spiegata dagli autori, che si appagano di non dimostrate affermazioni.

(2) Distinta dalle due questioni accennate nel testo è la terza, di cui già trattammo ai nn. 696-700, se il fideiussore che ha prestata sicurtà per uno solo fra più condebitori solidali, abbia azione per l'intero o *pro parte* verso i condebitori non garantiti.

Digitized by Google

Anticamente si giudicò nel primo senso, sembrando, a primo aspetto, che il debitore, essendo per la surrogazione il *procurator in rem suam* del creditore, possa esercitare per l'intero le azioni del creditore stesso verso ciascuno dei debitori nella maniera stessa in cui potrebbe farlo il creditore (1).

Ma più tardi nuovi decreti adottarono la seconda opinione (2), per il motivo che, altrimenti, nascerebbe un circuito di azioni consistente in questo, che quello tra i condebitori da cui il condebitore che ha pagato si è fatto rimborsare l'intero debito, dedotta soltanto la parte del *solvens*, avrebbe il diritto, quando paga, di essere surrogato nelle azioni del creditore, dedotto ciò cui è tenuto egli stesso, e, per tale surrogazione, avrebbe diritto di esigere dal primo *solvens*, dedotta la propria parte, ciò che egli avesse pagato a costui, essendo lo stesso primo *solvens* tenuto in solido. Imperocchè, in forza della surrogazione, il pagamento fatto dal primo condebitore non ha estinto il debito se non nella parte cui era tenuto egli stesso e non per il di più (3).

Analogamente si ritenne che allorquando uno dei confideiussori avesse pagato la totalità del debito con surrogazione espressa, tale surrogazione attribuisse al fideiussore soltanto un regresso parziale. E la ragione era la medesima: si voleva evitare il circuito d'azioni.

Ecco come Bartolo esprimeva questo concetto: « Diceret iste secundo conventus « cedas mihi actiones in solidum contra alios ». Et sic necesse haberet cedere contra se ipsum: et sic petere pro parte sua quod redditurus esset » (4).

757. — La legislazione vigente non contempla il caso di una surrogazione convenzionale pattuita dal fideiussore che ha pagato. In questo silenzio l'opinione prevalente nega a tale fideiussore l'azione per l'intero contro i confideiussori, e l'ammette soltanto *pro parte*, conformemente al principio anticamente seguito (5).

(1) Così riferisce Pothier, *Trattato delle obbligaz.*, I, n. 281.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Pothier, n. 281, il quale segue questa opinione.

(4) Bartolo, sulla Legge 76, D. *de solut.*, n. 9.

(5) Ponsot, n. 290; Troplong, nn. 432-439; Aubry et Rau, § 428, testo e nota 2; Pont, n. 324; Corsi, p. 236; Guillouard, n. 213, p. 241-242;

Digitized by Google

Noi crediamo che questa opinione è contraria ai principii, ossia riteniamo che il fideiussore il quale paga l'intero debito può, mediante la surrogazione convenzionale, acquistare un'azione per l'intero contro ciascun confideiussore, dedotta la parte che grava su lui stesso.

Si afferma che data l'azione per l'intero, nasce un circuito anomalo di azioni perchè il fideiussore che si è fatto surrogare e agisce per l'intero contro un confideiussore, dedotta la propria parte, dovrebbe, ricevendo il pagamento, accordare un'eguale surrogazione al confideiussore, e quindi cedere il diritto di agire contro lui stesso per il rimborso di quanto il confideiussore gli pagò al di là della sua parte; di modo che il fideiussore dovrebbe restituire in parte a questo confideiussore quanto riscosse prima da lui.

In questo concetto risiede, a nostro avviso, un errore. Il fideiussore che mediante la surrogazione convenzionale pattuita col creditore esige l'intero valore da un confideiussore, dedotta la propria parte, non può essere costretto a cedere a questo confideiussore il diritto di agire, a sua volta, contro lui stesso. Il confideiussore (*Secundus*), non può agire contro il fideiussore che primo ha pagato (*Primus*), perchè questi, avendo riscosso da lui l'ammontare del credito *diminuito della propria porzione*, ed avendo precedentemente pagato il *debito intero* al creditore, ha soddisfatto l'obbligo suo che consisteva nel dover pagare la sua parte e nulla più. *Secundus* può domandare a *Primus* una surrogazione *convenzionale*, oppure valersi della surrogazione *legale* che gli spetta di diritto.

Nel primo caso *Secundus* non può certamente costringere *Primus* a consentire una surrogazione *convenzionale* valevole

Thézard, in *Rev. crit.*, 1879, n. 15, p. 278; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1132, p. 546. — Contro: Toullier, *Dir. civ.*, VII, n. 163; Laurent, n. 266; Galdi, n. 162, p. 167; il primo dei quali sostiene il concetto antico dell'azione divisa, ma con argomenti non decisivi e talvolta inesatti, come quando vuole argomentare dalla cessione alla surrogazione riguardo agli effetti di quest'ultima. Anche le ragioni del Laurent non sono esaurienti. Il Galdi, dopo aver riferito le opinioni di Troplong e del Laurent, si limita ad associarsi a quest'ultimo e a dire che a suo avviso « il fideiussore che paga resta sotto l'impero del diritto comune », e che egli « può stipulare la surrogazione e questa surrogazione è regolata dai principî generali ».

Digitized by Google

anche contro lo stesso *Primus*, poichè nessuno può essere obbligato ad accettare un patto suo malgrado; sicchè senza il consenso di *Primus* la detta surrogazione convenzionale non può nascere. E non può nascere anche per un'altra ragione: ossia perchè la legge ammette bensì la surrogazione convenzionale di chi paga nei diritti che il creditore ha *contro il debitore* (Cod. ital., art. 1252, n. 1), ma non contempla affatto l'assurda surrogazione convenzionale fatta dal creditore contro sè stesso. Nè varrebbe l'obbiettare che con questa surrogazione convenzionale *Primus* sostituisce *Secundus* non nei diritti che egli *Primus* ha verso i confideiussori, ma nei diritti che aveva il creditore originario (*Tertius*) contro tutti e quindi anche contro *Primus*. Perocchè, anche ammesso ciò, *Secundus* sottentrerebbe, per il tramite di *Primus*, nei diritti che aveva il creditore a partire dal pagamento ricevuto da *Primus*, cominciando la surrogazione soltanto dal momento in cui viene effettuato il pagamento. Effettuato questo da *Primus*, il creditore che è stato integralmente soddisfatto da costui, non ha più alcun diritto verso *Primus*, e quindi *Secundus* non può sottentrare in diritti che non aveva lo stesso creditore.

D'altra parte *Secundus* non può agire contro *Primus* neppure con la surrogazione *legale* di cui parla l'art. 1253, n. 3, Cod. it., perchè anche qui si tratta di una surrogazione nei diritti del creditore verso il debitore, e non già di una surrogazione anche contro colui del quale si vogliono esercitare i diritti, perchè nessuno può essere debitore di sè stesso.

Se poi si volesse anche qui sostenere che *Secundus* sottentra *ope legis* direttamente nei diritti del creditore, varrebbe l'osservazione già fatta che *Secundus* non può sottentrare in diritti maggiori di quelli che aveva lo stesso creditore, il quale, soddisfatto per l'intero da *Primus*, non ha più da quel momento alcun diritto verso lui, e non può da quel momento trasmettere ad altri per surrogazione diritti verso *Primus*, poichè la surrogazione comincia a partire dal pagamento (1).

(1) Questa argomentazione è, come si vede, analoga a quella che già svolgemmo a proposito della diversa questione, se il fideiussore che ha garantito

Digitized by Google

Pertanto il vizioso circuito d'azioni temuto dagli antichi e da quasi tutti i moderni giuristi non è possibile, poichè per effetto della surrogazione sia convenzionale, sia legale, *Secundus* può bensì agire per il valore da lui pagato, dedotta la sua parte, contro altri confideiussori se vi sono, ma non contro *Primus*, che col pagamento integrale fatto al creditore non è più debitore di nessuno e di nulla. Vien meno così la principale ragione addotta a favore dell'azione divisa, nulla ostando, sotto questo aspetto, a che *Primus* agisca in forza d'una surrogazione convenzionale, contro un confideiussore per l'intero valore pagato, dedotta la parte che deve stare a suo carico.

758. — Ma anche le altre ragioni addotte contro il principio dell'azione per l'intero sono infondate.

Si è invocato in contrario alla nostra tesi l'art. 1214 Cod. franc. (Cod. it., art. 1199), per il quale il condebitore in solido che ha pagato l'intero debito non può ripetere dagli altri condebitori che la porzione di ciascuno d'essi. Ma in primo luogo non esiste vera analogia tra i condebitori solidali e i confideiussori, perchè questi ultimi non sono fra loro condebitori solidali. In secondo luogo la riferita disposizione deroga alle norme relative alla surrogazione, che consentono una surrogazione per l'intero; per la qual cosa non è il caso di applicarla per analogia ad un caso differente (1).

S'è pur detto che non essendovi un vincolo giuridico tra i confideiussori, tranne quello che nasce dal pagamento, chi ha pagato ha azione soltanto nella misura che la legge concede col citato art. 2033 Cod. franc. (Cod. it., art. 1920 cit.), ossia per la rispettiva porzione di ciascun confideiussore (2). Ma così si dimentica che il fatto del pagamento è appunto il fondamento della surrogazione convenzionale per l'intero, dedotta la parte di chi ha pagato, poichè si tratta di persone che sono vincolate al pagamento del medesimo debito, le quali dall'avvenuto pagamento sono state liberate verso il

uno solo fra più condebitori solidali ha la surrogazione per l'intero contro i condebitori non garantiti (nn. 696-700); questione da noi risolta pure in senso affermativo.

(1) Laurent, n. 267.

(2) Guillouard, n. 213, p. 242.

Digitized by Google

creditore. D'altra parte la citata disposizione riguarda un regresso fondato sull'*actio utilis negotiorum gestorum*, mentre nel caso che ci occupa si tratta di un'azione fondata sopra la *surrogazione* convenzionale da quella ben diversa.

Si è, da ultimo, invocata l'analogia col caso previsto dall'art. 1030 Cod. it., per il quale il coerede che, in forza dell'ipoteca, abbia pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha regresso contro gli altri coeredi fuorchè per quella parte che ciascuno di essi deve personalmente sostenere, quantunque il coerede che ha pagato il debito si fosse fatto surrogare nei diritti del creditore (1). Ma anche questa disposizione che deroga ai principii della surrogazione è di diritto speciale, è eccezionale, epperò non applicabile per analogia.

Non vi è pertanto alcuna ragione per sottrarre al diritto comune la surrogazione convenzionale pattuita dal fideiussore col creditore; il che equivarrebbe al negare gli effetti naturali ad un patto liberamente consentito dalle parti contraenti e che non offende nè le leggi nè i diritti dei confideiussori.

759. — Rimane a risolversi la questione se quando uno dei confideiussori è insolvente nel momento in cui il fideiussore che ha pagato esercita il regresso, quest'insolvenza debba essere ripartita su tutti i fideiussori, compreso quello che ha pagato, oppure debba stare a carico esclusivamente del fideiussore che ha pagato.

Secondo una dottrina, sarebbe applicabile l'articolo 1214 Cod. franc. (Cod. ital., art. 1199), combinato con l'art. 2033 Cod. cit. (Cod. ital., art. 1920) (2), a termini del quale articolo 1214 (1199) che è dettato per il caso di condebitori solidali, se uno di questi è non solvente, la perdita cagionata dalla sua non solvenza si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori e sopra quello che ha fatto il pagamento.

Secondo un'altra dottrina, l'insolvibilità di uno dei confideiussori deve stare a carico soltanto del fideiussore che ha

(1) Corsi, p. 236.

(2) Duranton, n. 369; Ponsot, n. 290; Troplong, n. 440. — In senso diverso: Guillouard, n. 215, p. 243, e Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1131, p. 546, che si fondano invece sull'art. 2026 Cod. franc. relativo al beneficio della divisione, ma con una motivazione nè esauriente, nè decisiva.

Digitized by Google

pagato. Perocchè i confideiussori non sono *condebitori solidali*; onde non si può dalle norme relative alla obbligazione solidale dedurre quelle relative ai confideiussori (1). La legge ha limitato l'obbligo di ciascun fideiussore alla quota; oltre di questo, il fideiussore non è tenuto; e varcarne i limiti significa uscire dal contratto che il confideiussore ha accettato (2).

Noi crediamo invece, coi seguaci della prima opinione, che l'insolvenza di un confideiussore dev'essere ripartita per contributo fra tutti i confideiussori solvibili e quello che ha pagato.

Respingiamo però il concetto, secondo il quale questo principio deriverebbe dall'art. 1199 Cod. it. (Cod. francese, articolo 1214), relativo ai condebitori solidali. Più volte abbiamo avuto occasione di avvertire che i confideiussori non sono condebitori solidali, quantunque il fatto che l'obbligo di ciascuno di pagare l'intero debito al creditore ha luogo di diritto (Cod. italiano, art. 1911) mentre il beneficio della divisione è soltanto *in facultate* (Cod. it., art. 1912), abbia fatto affermare, erroneamente, il contrario (3).

760. — I confideiussori devono concorrere, col fideiussore che ha pagato, ad estinguere il *deficit* risultante dalla insolvibilità di un confideiussore, perchè ciò è voluto dal fondamento del regresso spettante a chi ha pagato, che è, nel nostro sistema, l'utile gestione d'affari. La misura di tale regresso è data dalla utilità recata dal fideiussore ai confideiussori mediante il pagamento. Ed ecco in che consiste nel caso in questione tale utilità. Se il fideiussore non avesse pagato per tutti l'intero debito, il creditore avrebbe potuto rivolgersi contro qualsiasi dei confideiussori per ottenere da lui il pagamento integrale in forza dell'art. 1911 Cod. it.; oppure per ottenere da ciascuno di loro la quota rispettiva, se l'invitato a pagare avesse invocato il beneficio della divisione, in forza dell'articolo 1912 Codice citato.

In questo secondo caso, per il capoverso del medesimo art. 1912, ciascuno dei confideiussori avrebbe dovuto concorrere, col fideiussore che ha ottenuto la divisione, a soppor-

(1) Ricci, n. 366; Galdi, n. 164, p. 167-168.
(2) Galdi, *loc. cit.*
(3) Vedi *retro*, n. 605.

Digitized by Google

tare l'insolvenza del confideiussore. È quanto si argomenta dal testo del citato capoverso: « Se alcuni fideiussori erano non solventi nel tempo in cui uno dei fideiussori ha ottenuto la divisione, questi è obbligato *in proporzione* [ossia con gli altri confideiussori] per tale non solvenza... ».

Se pertanto il fideiussore che ha ottento la divisione può far concorrere gli altri fideiussori all'estinzione del debito del fideiussore insolvente, e ciò senza che egli abbia pagato il debito principale per intero, è logico e giuridico ed equo che abbia eguale diritto quando, non avendo ottenuto la divisione, paga il debito stesso integralmente.

Con questo pagamento, adunque, egli ha recato un'utilità ai confideiussori, non solo perchè li ha liberati dall'obbligo di pagare la quota rispettiva, ma anche in quanto li ha liberati dall'obbligo che avrebbero avuto di contribuire con esso fideiussore al pagamento della quota dell'insolvente, qualora il fideiussore stesso non avesse pagato il debito per intero; epperò, questa insolvenza deve stare a carico di tutti i confideiussori, proporzionalmente, compreso quello che ha pagato, cui spetta il regresso anche per questo soprappiù.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITOLO II

ESTINZIONE DELLA FIDEIUSSIONE

SOMMARIO: 761. Cause di estinzione. — 762. Diritto greco.

761. — L'estinzione della fideiussione può avvenire: *a*) per estinzione diretta dell'obbligazione fideiussoria; *b*) per estinzione indiretta, dipendente dalla estinzione dell'obbligazione principale; *c*) per estinzione indiretta, dipendente dalle eccezioni che il fideiussore può opporre.

762. — La distinzione fra l'estinzione diretta e l'estinzione indiretta della fideiussione era già nota al diritto greco, nel quale la fideiussione poteva estinguersi per causa propria, ossia direttamente, oppure indirettamente, ossia in conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione principale.

Il primo caso poteva verificarsi per varie cause, quale lo spirare del termine cui l'obbligazione fideiussoria fu limitata dalla convenzione. Così si trovano nei testi esempi di fideiussioni limitate alla durata di cinque o dieci anni, o rinnovabili con altri garanti allo spirare del termine fissato (1).

Il secondo caso di estinzione si verificava nel diritto greco, come oggidì, in conseguenza della estinzione dell'obbligazione principale.

In questo caso il fideiussore permaneva obbligato finchè l'obbligazione garantita fosse estinta completamente: epperò il fideiussore di un impresario era liberato soltanto quando fosse avvenuta l'esecuzione completa dei lavori che doveva eseguire il detto impresario (2).

(1) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, to. IV, p. 486, Paris, 1897,

(2) BEAUCHET, *op. cit.* p. 486, che cita KEIL, *Mittheilungen*, 1895, p. 45.

Digitized by Google

Capo I.

ESTINZIONE DIRETTA DELLA FIDEIUSSIONE.

Sommario: 763. Legislazioni vigenti.

763. — La fideiussione si estingue in modo diretto, allorchè cessa di sussistere non per ragioni inerenti alla vita dell'obbligazione principale, ma per ragioni proprie, in quel modo che, pure per ragioni proprie, si estinguono le altre obbligazioni.

Questo principio trovasi consacrato nella legge che dichiara estinguersi l'obbligazione nascente dalla fideiussione « per le stesse cause per cui si estinguono le altre obbligazioni » (Cod. civ. it., art. 1925; francese, art. 2034); conformemente alle abrogate legislazioni: delle due Sicilie, art. 1906; parmense, art. 2063; sarda, art. 2071; estense, art. 2051; e ai vigenti Codici: neerlandese, art. 1882; portoghese, art. 848; spagnuolo, art. 1847 (1); della Luigiana, art. 3028; di Haiti, art. 1798; chileno, art. 2381; dell'Uruguay, art. 2103; messicano, art. 1878; del Guatemala, art. 2245; columbiano, art. 2406; argentino, art. 2042.

Poichè le cause di estinzione diretta della fideiussione sono le medesime che estinguono tutte le altre obbligazioni, la trattazione di esse deve, in quest'opera, essere circoscritta alla loro esposizione, in quanto ciò interessa la fideiussione, e all'esame di quei principii che sono speciali alla diretta estinzione della fideiussione. Una minuta spiegazione generale di tali cause costituirebbe altrimenti una inutile esposizione delle regole che fanno parte della teoria delle obbligazioni contrattuali in genere, alla quale soltanto spetta tale ricerca, ed alla quale un trattato della fideiussione deve riferirsi (2).

(1) Conf. *Landrecht* prussiano, § 385.

(2) Ciò non ha avvertito il Corsi, *op. cit.*, il quale ha consacrato alla estinzione della fideiussione per cause dirette e indirette più della metà della sua opera, esponendo diffusamente in molti punti teorie che dovevano, per

Digitized by Google

§ 1.
Condono del debito.

SOMMARIO: 764. Principio. — 765. Condono espresso. — 766. Condono tacito. — 767. Se la liberazione personale accordata ad uno dei fideiussori liberi anche i confideiussori. — 768. Se il creditore per liberare il fideiussore possa ricevere da lui qualche cosa senza imputarla sul debito. — 769. Continuazione.

764. — Un modo di estinzione diretta della fideiussione si ha nella remissione o condono del debito, *espresso* o *tacito*, accordato dal creditore al fideiussore. Modo diretto, perchè l'obbligazione fideiussoria si estingue per una causa propria, che è il condono del debito accordato direttamente al fideiussore (1) e non già per l'estinzione dell'obbligazione principale.

765. — Quando il condono è *espresso* (convenzionale), esso libera bensì il fideiussore, ma non libera il debitore principale, la cui obbligazione permane inalterata (Cod. civ. it., art. 1282; francese, art. 1287). Perocchè, se con la detta rimessione il creditore intese di sciogliere il fideiussore dal vincolo fideiussorio, l'obbligazione principale deve sussistere tuttavia, non essendo stata la sua estinzione nella volontà espressa del creditore, cui solo spetta di liberare o non liberare il debitore. D'altra parte, avvenuta la rinuncia del creditore alla garanzia, non esiste tuttavia per esso l'impossibilità d'agire contro il debitore; quindi non si può presumere in lui una volontà tacita di liberare anche il debitore, ma si deve al contrario ritenere che il condono sia stato *personale*. Del resto, ciò che è principale può ben sussistere senza ciò che è accessorio. Se poi il creditore intese col condono di esercitare una liberalità verso il fideiussore, questi sottentra nelle ragioni del creditore stesso, per modo che il debitore viene liberato di fronte al creditore, ma deve pagare il debito al

rispetto alla forma monografica dell'opera stessa, essere lasciate alla dottrina delle obbligazioni in generale.

(1) Conf.: Codice chileno, art. 2381, n. 1; messicano, art. 1878; columbiano, art. 2406: « La fianza se extingue, en todo ó parte..... 1° Por el relevo de la fianza, en todo ó parte, condedido por el acreedor al fiador ».

Digitized by Google

fideiussore, che può agire contro lui *ex iuribus cessis* (L. 10, § 13, D. *mandati vel contra* (1).

In ogni caso per la validità del condono è necessaria la accettazione del fideiussore, analogamente a quanto la dottrina esige per la validità del condono accordato dal creditore al *debitore* (2).

Non può quindi il creditore condonare la garanzia, qualora il fideiussore preferisca di darle esecuzione, perocchè, se la fideiussione fu prestata per accordo intervenuto tra fideiussore e creditore, il vincolo giuridico che è sorto da tale convenzione per il concorso di due volontà, non può esser sciolto per opera d'una volontà sola. Se poi la fideiussione fu prestata per accordo tra fideiussore e debitore, o in base a una gestione d'affari, il creditore non può, a più forte ragione, sciogliere un rapporto giuridico sorto senza il concorso della sua volontà.

Non è però necessario che l'accettazione del condono sia fatta per atto pubblico come è prescritto per le donazioni; ma è sufficiente che il consenso del fideiussore sia manifestato o per scrittura privata, o verbalmente, od anche tacitamente.

Il condono poi non obbliga il creditore e non produce effetto se non dal giorno in cui viene accettato dal fideiussore. Quindi il creditore può ritirare la propria rinuncia alla garanzia finchè non sia seguìta la detta accettazione.

766. — A differenza di quanto dicemmo per il condono *espresso* e *personale*, la volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata, fatta dal creditore al fideiussore, costituendo un condono *tacito* e *reale*, libera non solo costui, ma anche il debitore principale, perchè dopo tale restituzione, il creditore non potendo più agire nè contro il coobbligato accessorio nè contro l'obbligato principale, è logico presumere in lui l'intenzione di liberare anche quest'ultimo.

S'avverta poi che se, di regola, il condono convenzionale accordato dal creditore al fideiussore è *personale*, nulla vieta che il creditore possa, con dichiarazione espressa, e mediante

(1) Corsi, p. 484.

(2) Confr.: Pothier, III, n. 578; Demolombe, *Cours de Code civil*, XIV, n. 374; Laurent, XVIII, n. 337; Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, VII, n. 308.

Digitized by Google

l'accettazione del debitore principale, fare un condono *reale*, ossia liberare anche il debitore (1).

767. — Dobbiamo ora determinare se la liberazione personale accordata dal creditore ad uno dei suoi fideiussori liberi anche i confideiussori.

La legislazione romana dichiarava la negativa (L. 29, D. *de pactis*, 2, 14).

Nel diritto francese anteriore al Codice, si insegnava che « se i confideiussori hanno potuto far calcolo sul regresso che avrebbero avuto, pagando, contro il fideiussore liberato dal creditore, per aver contratta la fideiussione unitamente all'altro fideiussore o dopo di lui, in tal caso l'equità esige che la liberazione a questo accordata liberi egualmente loro stessi in quanto alla quota per cui essi avrebbero avuto, pagando, il regresso contro quello stesso fideiussore, qualora non fosse stato liberato. Il creditore, mediante la liberazione accordata al detto fideiussore privandoli così del regresso, non avendo potuto ad essi pregiudicare, essi possono opporre in tal caso al creditore, per questa quota, l'eccezione *cedendarum actionum* » (2).

Il Codice napoleonico, riproducendo la massima romana, dispone che il condono accordato ad uno dei fideiussori non libera gli altri. Però gli autori francesi ammettono che i fideiussori non liberati possono essere convenuti soltanto per la porzione che rimane, detratta la parte di quello che fu liberato (3).

Il nostro Codice è più preciso: la liberazione accordata dal creditore ad uno dei suoi fideiussori senza il consenso degli altri, profitta ai medesimi per la parte di quello che fu liberato (Cod. civ. it., art. 1283) (4).

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, XIV, n. 373; Laurent, XVIII, n. 372; Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, VII, n. 328; Campogrande, *Il condono del debito*, n. 12 (Estratto dal *Dig. ital.*, vol. VIII).

(2) Così scriveva Pothier, *op. cit.*, III, n. 581.

(3) Demolombe, XIV, n. 467, p. 123; Marcadé, *Corso elem. di dir. civile franc.*, III, vers. ital. (Napoli, 1857), n. 807, p. 424; Mourlon, *Ripetizioni scritte sopra i tre esami del Codice di Napoleone*, traduzione ital. (Palermo, 1861), II, p. 753; Laurent, XVIII, n. 373.

(4) Conf.: Codice portoghese, art. 851; messicano, art. 1881; spagnuolo, art. 1850.

Digitized by Google

È inutile avvertire che varrebbe il principio opposto qualora i confideiussori, rinunciando al beneficio della divisione, avessero prestato il loro consenso alla liberazione.

768. — Un'altra questione, che non va tralasciata, è la seguente: se il creditore, per liberare il fideiussore dalla garanzia, possa ricevere da lui qualche cosa senza imputarla sul debito.

Nel diritto anteriore al Codice francese, POTHIER, sulle traccie di MOLINEO (1), opinava che se all'epoca in cui la liberazione del fideiussore è avvenuta, v'era un motivo di temere la insolvibilità del debitore principale, il creditore può lecitamente ricevere qualche cosa, essendo che, se il creditore, pagato per intero dal debitore i cui affari migliorarono, realizza un guadagno, questo non è che il prezzo del rischio assunto in luogo del fideiussore. Quando però non v'è alcun motivo per temere l'insolvibilità del debitore, il creditore nulla può ricevere lecitamente dal fideiussore per liberarlo dalla sua obbligazione perchè secondo le regole della giustizia commutativa, non si può esigere in corrispettivo di ciò che si dà più del valore della cosa stessa; e se questa non ha alcun valore, nulla si può esigere lecitamente; ora, nel caso supposto, il diritto cui il creditore rinuncia non ha alcun valore perchè il credito è egualmente sicuro anche senza la fideiussione (2).

L'odierno legislatore, riguardo a questo condono accordato dietro un corrispettivo, dispone che « in ogni caso ciò che il creditore ha ricevuto da un fideiussore per liberarlo dalla cauzione deve imputarsi al debito e portarsi a scarico del debitore principale e degli altri fideiussori » (Cod. civ. it., articolo 1284; franc., art. 1288).

Massima censurata dal maggior numero dei moderni autori, siccome quella che è contraria ai principii di giustizia e all'intenzione presumibile del creditore, poichè costringe il creditore stesso ad imputare al debito ciò che forma non già parte del suo avere, ma costituisce il prezzo del pericolo, dell'alea cui si espone rinunciando alla garanzia del credito.

(1) MOLINEO, *De usuris*, quaest. 34.
(2) POTHIER, n. 582.

Digitized by Google

mentre, per la detta regola, il creditore rinunzia a questa garanzia senza aver nulla in cambio (1). Non si può giustificare il detto principio con la considerazione che bisogna provvedere al caso in cui il creditore, al tempo della liberazione, non ha avuto a temere l'insolvibilità del debitore, nella quale ipotesi egli ha ricevuto indebitamente il compenso mancando la causa della convenzione, ossia l'alea. Dato tale concetto, bisognerebbe, per essere logici, accettare la detta distinzione di MOLINEO (2) e POTHIER (3). Se non che tale distinzione implica la necessità di provare che, al momento della convenzione, esistevano o non esistevano pericoli d'insolvibilità; e questa prova è estremamente difficile (4).

E non può neppure affermarsi che la disposizione in discorso sia necessaria per impedire frodi a danno degli altri fideiussori, qualora il creditore e il fideiussore si accordassero nel non imputare la somma nel debito. Il pericolo di una frode di questo genere è immaginario, perchè se la somma non viene imputata nel debito, il fideiussore che l'ha pagata col proprio, non può esercitare il regresso contro i confideiussori i quali conseguentemente non ricevono alcun danno (5).

S'aggiunga che la disposizione del citato art. 1284 Codice civile è difettosa anche in quanto alla sua pratica applicazione bastando ad eluderla che nell'atto di liberazione non sia menzionato il prezzo pagato dal fideiussore per essere liberato.

Comunque, date le imperative espressioni del citato articolo, e considerati i motivi che lo determinarono, consistenti nell'intenzione di tutelare e favorire *in ogni caso* gli inte-

(1) LAROMBIÈRE, *Des obligations*, III, art. 1288, n. 2; DEMOLOMBE, *op. cit.*, n. 469; GUILLOUARD, n. 218, p. 247.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*

(4) Del resto lo stesso POTHIER, *loc. cit.*, toglie molto valore alla distinzione da lui propugnata, quando dichiara: « Si osservi però che, quando un fideiussore ha dato qualche cosa al suo creditore per essere liberato dalla sua obbligazione, si deve presumere, *nel foro esterno*, che vi fosse un motivo di temere la insolvibilità del debitore, perchè non si può presumere che uno dia qualche cosa senza alcuna causa: *nemo res suas jactare facile praesumitur* ».

(5) Vedi DEMOLOMBE, *op. cit.*, n. 471.

Digitized by Google

ressi del debitore e dei confideiussori e di impedire gli eventuali indebiti profitti del creditore, è da ritenersi non valida la convenzione con cui il creditore e il fideiussore pattuiscono che il compenso accordato non debba essere imputato al debito (1).

È invece valida la clausola risolutiva con la quale si pattuisca tra creditore e fideiussore che, ove taluno dei confideiussori domandi l'imputazione della somma sul debito, la fideiussione debba rivivere (2). Nessun danno infatti può derivare ai confideiussori da un patto di tal genere.

769. — Può accadere che il debito garantito consista in una somma di denaro e che il fideiussore abbia pagato al creditore una cosa diversa. In tale caso il debitore principale e gli altri fideiussori possono domandare la stima della cosa o della prestazione e detrarne il valore dal debito.

Se poi il debito consiste in una cosa o prestazione diversa dal denaro e il fideiussore ha pagato in denaro, il debitore principale e gli altri fideiussori possono eseguire la prestazione, fatta deduzione, dietro stima, di quella parte che corrisponde, in valore, alla somma pagata dal fideiussore liberato.

Ma se essi preferiscono di eseguire la prestazione nella sua totalità, il creditore non può fare opposizione, essendo che il diritto a loro spettante di soddisfare l'obbligazione per intero è fondato sul contratto, e non è lecito ad uno solo dei contraenti di modificare gli effetti d'una convenzione. In tal caso però il compenso ricevuto dal creditore costituisce un pagamento indebito, ed il fideiussore può agire per la ripetizione (3).

§ 2.

La compensazione.

SOMMARIO: 770. Concetto. — 771. Compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale. — 772. *Quid juris* se il fideiussore non oppone al creditore la compensazione con un proprio credito e paga il debito. —

(1) MARCADÉ, *op. cit.*, n. 814; DEMOLOMBE, n. 471; GIORGI, VII, n. 329; GUILLOUARD, n. 218, p. 247.

(2) Conf.: DEMOLOMBE, n. 472; GUILLOUARD, *loc. cit.*

(3) DEMOLOMBE, n. 475; GIORGI, n. 329.

Digitized by Google

773. Divieto al debitore di opporre la compensazione di quanto il creditore deve al fideiussore.

770. — Altro modo di estinzione diretta della fideiussione è la compensazione che può, nel concorso delle volute condizioni, opporsi dal fideiussore al creditore, se questi abbia un debito verso il fideiussore, allorquando il fideiussore stesso sia costretto a pagare in luogo del debitore per la morosità di quest'ultimo. Se questa compensazione non è regolata dai patti stabiliti dalle parti (compensazione *convenzionale*), può aver luogo di diritto (compensazione *legale*) in virtù del principio generale, per cui quando due persone sono debitrici l'una verso l'altra, ha luogo tra esse, in virtù di legge, una compensazione che estingue i due debiti per le quantità corrispondenti, al momento stesso della loro contemporanea esistenza (Cod. civ. it., art. 1285, 1286) (1).

771. — Dato che per la morosità del debitore, il fideiussore sia costretto a pagare, questi può cumulare nella compensazione, con quanto il creditore deve a lui stesso, ciò che lo stesso creditore debba, per avventura, al debitore principale (2), potendo egli, come vedremo, opporre anche la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale (estinzione indiretta) (3).

Così disponeva anche la legislazione romana: « Si quid a fideiussore petetur aequissimum est eligere fideiussorem quod ipsi aut quod reo debetur compensare malit, sed et si utrumque velit compensare audiendus est » (L. 5, D. *de compensat.*).

772. — Se il fideiussore ha pagato il debito, mentre questo era di diritto estinto in forza della compensazione con un suo credito verso il creditore, e poi propone il credito per cui non ha opposto la compensazione, non può, in pregiudizio dei terzi, valersi dei privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni

(1) L'altra ipotesi relativa alla facoltà del fideiussore di opporre la compensazione di quanto il creditore deve al *debitore*, riguarda un modo *indiretto* di estinzione della fideiussione; epperò ne trattiamo più oltre nel punto relativo ai modi di estinzione indiretta.

(2) Conf. Corsi, p. 493.

(3) Vedi *ultra*.

Digitized by Google

annesse al suo credito, se non ha avuto un giusto motivo di ignorare il suo credito che avrebbe dovuto compensare il debito; può valersene se abbia avuto un giusto motivo (arg. art. 1295 Cod. civ. it.). (1). E ciò perchè, essendo il debito stato estinto di diritto dalla compensazione, le garanzie cessarono anch'esse per mancanza del loro presupposto che era il debito; onde i terzi non debbono ricevere un danno dalla rinuncia del fideiussore. La parola *cauzioni*, adoperata nel citato articolo, si riferisce agli accessori del credito, fra i quali è la fideiussione. Epperò questa subendo, nel caso in discorso, la sorte del credito cui accede, rimane estinta se il fideiussore tacque deliberatamente l'avvenuta compensazione; rinasce se il fideiussore tacque ciò, perchè aveva un giusto motivo di ignorare il suo credito che doveva compensare il debito.

773. — Se il fideiussore può opporre al creditore la compensazione di quanto il creditore deve a lui stesso, non è, al contrario, consentito al debitore principale di opporre la compensazione di quanto il creditore deve al fideiussore (Codice civile ital., art. 1290; franc., art. 1294).

Fu affermato che questa disposizione deroga al rigore dei principii, essendo che il fideiussore è debitore del debito garantito poichè deve soddisfarlo quando il principale obbligato non lo soddisfaccia. Di modo che se il fideiussore diventa creditore del creditore, si dovrebbe applicare la riferita regola per la quale, se due sono debitori l'uno dell'altro, ha luogo tra essi una compensazione che estingue i due debiti (Codice civile ital., art. 1285; franc., art. 1289). Se non si consulta che la dottrina rigorosa della compensazione, non è dubbio che il debitore principale deve potere opporre la compensazione, dappoichè questa ha gli effetti del pagamento, ed il pagamento che fa il fideiussore libera il debitore principale (2).

Ma il fideiussore diventa realmente debitore del creditore soltanto se e quando il debitore principale non paga, essendo egli obbligato *in subsidium*; quindi il creditore non può es-

(1) Confr. Codice civile francese, art. 1299, che parla dei privilegi e delle ipoteche, ma non delle *cauzioni* annesse al credito.

(2) Mourlon, *op. cit.*, II, sull'art. 1294.

Digitized by Google

sere costretto a compensare col suo credito ciò che egli deve a chi non è ancora suo debitore.

Si comprende che il fideiussore possa invocare la compensazione di quanto il creditore deve al *debitore* (1), perchè il debito garantito dev'essere pagato, in sostanza, con gli averi del debitore, ed egli è obbligato soltanto sussidiariamente; ma non è logico che il debitore possa pretendere la compensazione di quanto il creditore non deve a lui, ma ad altri, ossia la compensazione con un valore che non fa parte del suo patrimonio; perocchè la compensazione legale può farsi a condizione che il debitore sia titolare del credito da lui opposto, mentre nella nostra ipotesi il debitore non è titolare di tale credito, neppure per cessione avutane. Vero è che la compensazione è una forma di pagamento, ma deve trattarsi d'una compensazione che paghi un credito di chi la oppone e non un credito d'altri, tranne se chi la oppone è il fideiussore che può eccepire, come si disse, la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore garantito.

Conseguentemente non può aver luogo a favore del debitore la compensazione di pieno diritto. La compensazione può farsi dopo che il creditore ha agito contro il fideiussore stesso, successivamente all'escussione del debitore principale. Può anche farsi prima di questa escussione, qualora il fideiussore rinunci al beneficio dell'escussione preventiva ed eccepisca la detta compensazione appena che il creditore agisce contro lui.

§ 3.

La confusione.

Sommario: 774. Casi di confusione. — 775. Successione del fideiussore al debitore principale o di questo a quello. — 776. *Quid juris* per la garanzia prestata dal fideiussore del fideiussore. — 777. Continuazione. — 778. Casi di *plenioritià* della fideiussione. — 779. Diritto del creditore di domandare la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. — 780. Successione del creditore al fideiussore o di questo a quello. — 781. *Plenioritià*

(1) Vedi *ultra*.

Digitized by Google

della fideiussione. — 782. Intangibilità dei diritti dei terzi e della condizione del debitore. — 783. Effetto della cessazione della confusione.

774. — L'estinzione diretta della fideiussione per via di confusione si verifica in quattro casi:

1° Quando il fideiussore succede al debitore;
2° Quando il debitore succede al fideiussore;
3° Quando il fideiussore succede al creditore;
4° Quando il creditore succede al fideiussore (1).

O si segua la dottrina per la quale il fondamento della confusione si ricava dalla teoria del diritto soggettivo considerato come facoltà di volere, e sarebbe l'impossibilità che coincidano in una due volontà opposte. O si accolga invece la dottrina secondo cui la ragione che giustifica la confusione sarebbe non sostanziale, ma *formale*, ossia questa, che la confusione presuppone due qualità opposte, che non possono riunirsi in una persona (2). O si ritenga, secondo una terza dottrina, che allorquando varie obbligazioni, identiche nell'oggetto e prima riguardanti più persone si riuniscono sopra una persona sola, non potendo ripetersi più volte la prestazione dovuta una volta sola, i principii generali del diritto vogliono che il credito più vantaggioso assorbisca gli altri (3). O si ammetta invece che la confusione è giustificata da tutte le accennate ragioni, e cioè: sia dalla impossibilità che coincidano in una persona due distinte *volontà* o facoltà di volere, sia dall'impossibilità che coesistano in una persona due distinte *qualità*, sia dalla impossibilità che si ripeta più volte la prestazione dovuta una volta sola. Certo è che la confusione della fideiussione con la obbligazione principale, la quale si verifica quando il fideiussore succede al debitore principale o viceversa, è soltanto *relativa*, in quanto si estingue bensì l'obbligazione fideiussoria mentre permane la principale, ma se l'obbligazione fideiussoria offre al credi-

(1) L'estinzione della fideiussione, che si verifica quando il debitore principale succede al creditore e viceversa, costituisce un modo di estinzione *indiretta*, che trattiamo più oltre.

(2) È questa la dottrina del Kretschmar, *Die Theorie der Confusion*, Leipzig, 1899.

(3) Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, VIII, n. 118.

Digitized by Google

tore vantaggi maggiori in confronto della principale, tali vantaggi si cumulano con l'azione principale, verificandosi la *pleniorità* della fideiussione (1).

In sostanza la confusione, nei rapporti con la fideiussione, ora ha *carattere solutorio* ed ora non l'ha.

Ha carattere solutorio, quando producendo gli effetti del soddisfacimento specifico di una obbligazione fa cessare completamente l'obbligazione fideiussoria.

Non ha tale carattere, quando lascia sussistere quegli effetti della obbligazione fideiussoria, che per il creditore sono più vantaggiosi in confronto a quelli della obbligazione principale (2).

775. — Vediamo ora i caratteri e gli effetti della confusione in rapporto alla fideiussione nei vari casi in cui la confusione stessa può avverarsi.

Quando il fideiussore succede al debitore principale o questi succede a quello, l'obbligazione fideiussoria si estingue come tale per confusione, perchè si compenetra con quella del debitore principale la quale rimane integra (Cod. civ. it., articolo 1297, § 2) (3), potendo sempre l'obbligazione principale sussistere senza l'accessoria. In tal caso si ha, per l'avvenuta confusione, un modo di estinzione diretta della fideiussione la quale cessa per una causa propria che è la compenetrazione col debito principale, perchè l'erede « pro se ipso fideiubere non potest » (4).

(1) Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 120; Kretschmar, *op. cit.* Vedi: L. 21, § 2, D. *h. t.*; L. 95, § 3, D. *de solut.*, 46, 3; L. 3 pr., D. *de separ.*, 42, 6.

(2) Confr., per il diritto romano, Kretschmar, *op. cit.*, § 10, il quale dice che la ragione di tale differenza di carattere dipende da una duplice tendenza: si dà il carattere solutorio alla confusione quando si tratta di un'obbligazione a tipo semplice, in cui figurano un creditore e un debitore. E poichè la fideiussione è obbligazione accessoria e non complica questo tipo, essa cade come se si verificasse una *solutio* o una *acceptilatio*. — Non così accade per i tipi complessi di obbligazione correale (Vedi, per il diritto odierno, Codice civile italiano, art. 1194). — In senso diverso: Brunetti, in *Arch. giur.*, vol. 48, p. 135 e seg., il quale sostiene che la confusione ha carattere solutorio quando suo effetto è l'estinzione di un vincolo.

(3) Vedi anche: Cod. chileno, art. 2383; messicano, art. 1879; dell'Uruguay, art. 2104; columbiano, art. 2408.

(4) Accursio, sulla L. 3, D. *de separat.*, 42, 7.

Digitized by Google

In tal modo, di regola, il credito diventa meglio garantito « rei plenior invenitur obligatio » (1), perocchè il creditore conservando il diritto di agire per l'obbligazione principale, mentre l'accessoria è estinta, egli non può essere respinto col beneficio di escussione, nè col beneficio *cedendarum actionum* che il fideiussore avrebbe potuto opporgli qualora il debitore non avesse soddisfatto il debito (2). E poi il creditore può agire sul patrimonio del debitore accresciuto da quello del fideiussore, o viceversa.

Ma supposto che il fideiussore avesse accordato, a garanzia maggiore del credito, un pegno o una ipoteca, queste due garanzie non sarebbero comprese nell'estinzione della fideiussione perchè si verifica la *pleniorità* della fideiussione stessa. E poi la cessazione della garanzia *personale* non produce necessariamente la cessazione della garanzia *reale*, che sussiste per virtù propria ed ha una causa indipendente da quella della garanzia personale, essendo che « confusio personarum non mutat causam rerum » (3).

Il quale principio fu dichiarato dalla legislazione romana: « Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit. Quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit » (L. 38, § ult., D. *de solut.*).

776. — L'estinzione diretta della garanzia personale per effetto della confusione che si verifica quando il debitore succede al fideiussore o viceversa, non produce l'estinzione della garanzia prestata dal « fideiussore del fideiussore ».

Nel diritto intermedio fu sostenuta l'opinione contraria sul fondamento della legislazione romana: « Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit; quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fideiussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione eius pro quo

(1) L. 95, § 3, D. *de fidei.*

(2) Troplong, n. 483; Corsi, p. 523.

(3) Cuiacio, sulla L. 38, D. *de condict. indeb.* Vedi: Demolombe, *op. cit.*, V, 736; Larombière, *op. cit.*, art. 1301, 5; Troplong, *op. cit.*, n. 488 e 489; Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 120; Corsi, p. 523-524.

Digitized by Google

fideiussum sit, eum quoque qui fideiusserit liberari » (L. 38, § 5, D. *de solut. et liberat.* », 46, 3) (1).

Adunque il diritto romano distingueva il caso del pegno che non era estinto dalla confusione, dal caso del fideiussore del fideiussore che veniva liberato per il cessare della obbligazione fideiussoria da lui garantita. Gli antichi interpreti dissero, a giustificazione di questa differenza, che il pegno (ipoteca) deve, per sua natura, durare finchè sia estinto il debito principale; onde bisogna attendere questa estinzione per liberare la cosa ipotecata. Laddove il fideiussore del fideiussore, siccome garantisce il solo fideiussore, se l'obbligazione di quest'ultimo sparisce, non deve rimanere obbligato più lungamente (2).

Se si considera il rigore dei principii, la soluzione del diritto romano è logica essendo indiscutibile che l'obbligazione assunta dal fideiussore del fideiussore rimane priva del necessario fondamento giuridico allorchè vien meno quella del fideiussore garantito, che è, nei rapporti con essa, l'obbligazione principale, non potendo nessuna fideiussione sussistere senza una obbligazione principale.

Tuttavia già l'antico diritto francese anteriore al Codice aveva respinta, in base alle antiche costumanze francesi, la dottrina degli interpreti del diritto romano (3).

Anche il legislatore odierno ha respinto la massima romana col disporre che la confusione, la quale « si effettua nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, quando divengono eredi l'uno dell'altro, non estingue l'azione del creditore contro colui che ha fatto sicurtà pel fideiussore » (Cod. civ. it., art. 1926; franc., art. 2035). Disposizione conforme a quella degli abrogati Codici: delle Due Sicilie (articolo 1907); parmense (art. 2064); sardo (art. 2072); estense (art. 2052); e a quella delle vigenti legislazioni: neerlandese (art. 1883); portoghese (art. 849); spagnuola (art. 1848); della Luigiana (art. 3029); di Haiti (art. 1799); chilena (art. 2383);

(1) Vedi: Hering, cap. 20, § 16, n. 46-47. Per il diritto romano: Windscheid, § 480, nota 2. — In senso diverso: Girtanner, *op. cit.*, pag. 492.

(2) Hering, *op. cit.*, cap. 20, § 16, n. 47.

(3) Pothier, n. 384.

Digitized by Google

dell'Uruguay (art. 2104); messicana (art. 1879); columbiana (art. 2408).

777. — La ragione che giustifica il principio seguìto dal legislatore odierno, non è già l'erroneo presupposto che il fideiussore del fideiussore accede all'obbligazione principale piuttosto che a quella del fideiussore garantito; per modo che permanendo la obbligazione principale, quella del subfideiussore rimarrebbe anch'essa, avendo il fondamento che le è necessario.

Questo presupposto è falso, in quanto il subfideiussore non accede alla obbligazione principale, ma a quella del fideiussore che è per esso l'unica e vera obbligazione principale.

La ragione del principio odierno, per il quale l'obbligazione del subfideiussore permane, consiste invece nella *pleniorità* della fideiussione, la quale assicura in questo caso al creditore vantaggi maggiori della obbligazione principale, in quanto essa fideiussione è garantita a sua volta da un'altra obbligazione fideiussoria. Supposto che la riunione nella persona del debitore o del fideiussore della sostanza dell'uno o dell'altro non basti a soddisfare il debito, il creditore sarebbe danneggiato se non potesse rivolgersi al subfideiussore intervenuto precisamente per cautelare in grado più alto il credito (1). S'aggiunga, che gli effetti della confusione sono circoscritti nei limiti dell'impossibilità giuridica e sostanziale di agire, mentre nel caso in esame nessun giuridico ostacolo impedisce al creditore di agire contro chi prestò sicurtà per il fideiussore. Perocchè, qui non si tratta di due obbligazioni riunitesi sopra una persona sola, di modo che non si possa ripetere più volte la prestazione dovuta una volta sola. Perocchè, qui la prestazione è realmente dovuta una volta sola dal debitore o dal fideiussore in cui avvenne la confusione, essendo che l'obbligo del subfideiussore è distinto da quello del primo fideiussore; per la qual cosa non si tratta di una prestazione dovuta due volte da una sola persona, ma di una prestazione cui sono distintamente obbligate due persone: il debitore o il primo fideiussore, e il subfideiussore.

(1) Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 120. Confr.: Demolombe, V, 735; Troplong, n. 488; Corsi, p. 526; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1162, p. 556.

Digitized by Google

778. — Dallo stesso principio, per cui la confusione nei rapporti con la fideiussione è soltanto *relativa* nel caso di *pleniorità* della fideiussione, discende la conseguenza che gli effetti dell'obbligazione fideiussoria permangono, quando il debitore principale può opporre al creditore una eccezione strettamente personale, non deducibile dal fideiussore. Il che può avverarsi, ad es., se l'obbligazione principale è annullabile per una causa che non può invalidare la fideiussione, come nel caso in cui un minorenne, la cui obbligazione è garantita da un fideiussore diventi erede del fideiussore stesso; oppure nel caso di un fideiussore che garantisce la obbligazione d'un minorenne e diventa suo erede (1).

779. — Poichè per effetto della confusione ereditaria gli averi del fideiussore si compenetrano con quelli del debitore principale, sia che il fideiussore sia succeduto al debitore, sia che questi sia succeduto a quello, l'azione del creditore che aveva provveduto ai proprii interessi mediante la fideiussione, può trovarsi pregiudicata per il concorso dei *creditori personali dell'erede*, sia questi il fideiussore o sia il debitore. Perocchè in conseguenza di tale confusione tra il patrimonio proprio dell'erede e il patrimonio ereditario, il creditore ereditario diventa creditore personale dell'erede, e coloro che erano creditori personali dell'erede possono agire anche sui beni già appartenenti al defunto.

Poichè la confusione non deve nuocere, in diritto, al creditore (2), questi a fine di evitare il danno o il pericolo di danno, può domandare la separazione del patrimonio del defunto (fideiussore o debitore) da quello dell'erede (debitore o fideiussore) (3), in virtù del quale beneficio è tolta la confusione fra i due patrimoni a favore del detto creditore ereditario, nulla importando se egli già avesse sui beni del defunto

(1) Demolombe, *op. cit.*, V, 734; Larombière, *op. cit.*, 1301, 6; Toullier, *op. cit.*, IV, 428; Duranton, XVIII, 375; Ponsot, n. 323; Troplong, n. 484; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 10; Pont, II, n. 338; Guillouard, n. 220, p. 249; Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 120.

(2) Bartolo, sulla L. 95, § *Quod vulgo*, n. 3, D. *de solut.*, dice: « Tunc debes scire quod tunc demum successione extinguitur obligatio fideiussoris, quando per hoc conditio creditoris deterior non fit ».

(3) Conf.: Troplong, nn. 220 e 483; Corsi, p. 524-525.

Digitized by Google

un'altra garanzia (Cod. civ. it., art. 2054), perocchè questa può cessare od essere insufficiente.

Per effetto di tale separazione, il creditore che l'ha domandata acquista il diritto di essere pagato preferibilmente ai creditori dell'erede (Cod. cit., art. 2055); il che non altera i rapporti dell'erede (fideiussore o debitore) col creditore ereditario, essendo che con la separazione si attua un rapporto soltanto tra il detto creditore e i creditori personali dell'erede, mentre questi vi rimane estraneo. Ne segue che se i beni del defunto non sono sufficienti a estinguere il credito, il creditore ha azione per il residuo sui beni dell'erede in concorso coi creditori personali di quest'ultimo.

Questa soluzione, ispirata dall'equità, era già stata insegnata da Papiniano: « Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona venierunt; quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur petente eo cui fideiussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor, sive plures. Neque enim ratio iuris quae causam fideiussionis propter principalem obligationem quae major fuit exclusit, damno debet afficere creditorem qui sibi diligenter prospexerat. Quid ergo si bonis fideiussoris separatis, solidum ex hereditate stipulator consequi non possit? utrum portio cum caeteris heredis creditoribus ei quaerenda erit? an contentus esse debebit bonis quae separari maluit? Sed cum stipulator iste, non adita fideiussoris a reo hereditate, bonis fideiussoris venditis, in residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summoveri.

Sed in quolibet alio creditore qui separationem impetravit, probari commodius est, ut si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. Quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis » (L. 3, D. *de separat.*). (1).

(1) La Glossa su questa legge così chiarisce il *casus*: « Titius debebat mihi c. et pro eis fideiusserat Seius; debebat autem Titius et aliis multis. Nunc Titius successit Seio, et cum creditores vellent vendere omnia bona Titii, et sic per consequens hereditatem Seianam, volo impetrare separationem hereditatis Seianae a bonis Titii; cum bona Seii sint solvendo et non bona Titii, dicitur tamen quod possum. Et si bona Seii mihi non sufficiant, admittar ad

Digitized by Google

780. — Negli ultimi due casi sopra esposti, ossia quando il creditore succede al fideiussore, o questo a quello, si verifica una confusione per cui la fideiussione cessa per estinzione diretta (1), non potendo nessuno essere garante di sè stesso. Ed infatti la funzione economica della fideiussione essendo l'assicurazione del credito, vien meno la ragione di essere della garanzia personale allorchè tale sicurtà è egualmente raggiunta con la riunione sopra una stessa persona delle sostanze del creditore e del debitore. Rimane però in vita l'obbligazione del debitore, la quale per sussistere non richiede l'esistenza di un'obbligazione sussidiaria. « Quod si idem stipulator fideiussorem heredem scripserit, procul dubio solam fideiussoris obligationem perimit » (L. 21, § 3, D. *de fidei.*, 46, 1). E la *Glossa* su questa legge « ut sic eximatur tantum persona ab obligatione; non autem ut perinde habeatur ac si soluta esset pecunia ».

Principio confermato nella L. 71 pr., D. *h. t.* « Quod si creditor fideiussori heres fuerit, vel fideiussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum ».

781. — Ma la confusione che si effettua per la successione del creditore al fideiussore o di questo a quello, non è assoluta, poichè lascia sussistere, sia a favore del creditore, sia a favore del fideiussore, quei vantaggi che possono derivare dalla *pleniorità* dell'obbligazione sussidiaria in confronto della principale.

Di qui la conseguenza che la confusione lascia sopravvivere, sia per il creditore come per il fideiussore, le azioni contro il debitore nate anteriormente alla confusione stessa.

Supposto, ad esempio, che prima della confusione il fideiussore abbia pagato al creditore un acconto, se il creditore succede al fideiussore può esercitare contro il debitore l'azione di regresso che per tale acconto sarebbe spettata al fideiussore. E se questi, dopo aver pagato il detto acconto, diventa

bona Titii cum creditoribus eius, sicut et si Titius non successisset Seio; cum et creditores hereditatis si non sufficiat hereditas, possunt venire ad bona heredis, dum tamen prius sit solutum creditoribus heredis; et e contra multo magis ». Fran.

(1) Conf.: Cod. chileno, art. 2383; columbiano, art. 2408; baltico (Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1380, p. 455).

Digitized by Google

erede del creditore, egli conserva egualmente l'azione di regresso che gli spettava precedentemente (1).

782. — D'altro lato, la confusione di cui parliamo non distrugge i diritti dei terzi, nè deve rendere peggiore la condizione del debitore.

Non può distruggere i diritti dei terzi, ad esempio, i diritti dei confideiussori. Questi non sono liberati dalla detta confusione, perchè questa è una causa di estinzione propria della fideiussione, e lascia sussistere l'obbligazione principale. Ma poichè i confideiussori godono del beneficio della divisione, il creditore erede, se vuole agire contro essi, deve dedurre dalla domanda la quota che sta a suo carico o come fideiussore o come erede del fideiussore (2).

Non può rendere peggiore la sorte del debitore, di modo che se il debitore non soddisfa il debito, il creditore, che se non fosse intervenuta la confusione avrebbe potuto agire contro il fideiussore, non può esercitare contro il debitore l'*azione di regresso* come se egli avesse pagato a sè medesimo, e ciò allo scopo di approfittare dei maggiori vantaggi inerenti al regresso che può assicurargli la condanna del debitore agli interessi, alle spese e ai danni eventualmente competenti (Cod. civ. it., art. 1915 cit.).

Se il creditore potesse esercitare contro il debitore l'azione di regresso, avrebbe anche diritto al pagamento degli interessi *di pieno diritto* a partire dal giorno in cui è avvenuta la confusione.

Tutto ciò non avrebbe fondamento giuridico, poichè ad esercitare l'azione di regresso contro il debitore occorre: 1° che il debito sia stato effettivamente pagato; 2° che tale pagamento abbia liberato il debitore principale. Ma questi rimane invece obbligato, perchè la confusione non equivale, nel caso in esame, ad un pagamento reale, essendo una causa d'estinzione propria della fideiussione. Impossibile pertanto è la finzione che il debito sia stato pagato a sè medesimo, e priva di base è l'azione di regresso contro il debitore (3). Il

(1) Troplong, n. 491; Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 111.

(2) Mourlon, *Rép.*, II, 1465, 2°; Laurent, n. 503; Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 111.

(3) Troplong, n. 492; Giorgi, *op. cit.*, VIII, n. 110; Corsi, p. 528.

Digitized by Google

creditore può soltanto agire contro quest'ultimo con l'azione creditoria comune.

Lo stesso principio vale per il caso in cui il fideiussore sia succeduto al creditore e pretenda di esercitare un infondato regresso contro il debitore.

Così aveva già sentenziato la legislazione romana: « Cum fideiussor reo stipulanti heres extiterit, quaeritur an quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem. Respondit cum reus obligatus maneat; non posse intelligi ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse; itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debebit » (L. 21, § 5, D. *de fidei.*, 46, 1).

783. — Supposto che, per necessità di cose, cessi la confusione, nelle quattro specie ora esaminate, tale cessazione opera il risorgere della fideiussione.

Così, se la confusione cessa per la nullità del testamento da cui era nata, la fideiussione *a somno resurgit* (1).

Per maggiore chiarezza esaminiamo le quattro specie in cui può avverarsi questo risorgimento della fideiussione per cessazione della confusione procedente da necessità di cose:

1° Il fideiussore succede al debitore. Se la confusione cessa, la fideiussione rinasce a vantaggio del creditore;

2° Il debitore succede al fideiussore. Cessata la confusione, la fideiussione risorge a carico degli eredi del fideiussore;

3° Il fideiussore succede al creditore. Cessata la confusione, la fideiussione risorge a favore degli eredi del creditore;

4° Il creditore succede al fideiussore. Svanita la confusione, la fideiussione rinasce a carico degli eredi del fideiussore.

(1) Confr.: Troplong, n. 482; Pont, n. 336-337; Guillouard, n. 220, p. 249; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1160, p. 556. Quanto insegnano taluni di questi autori su tale argomento si riferisce alla estinzione *indiretta* della fideiussione, ma il principio vale altresì per l'estinzione diretta a causa di confusione.

Digitized by Google

§ 4.

La prescrizione estintiva.

SOMMARIO: 784. Estinzione diretta della fideiussione per via di prescrizione. — 785. Interruzione della prescrizione della garanzia personale.

784. — Poichè « l'obbligazione che nasce dalla fideiussione si estingue per le stesse cause per cui si estinguono le altre obbligazioni » (Cod. civ. it., art. 1925 cit.), la fideiussione può estinguersi direttamente, nel concorso delle volute condizioni, mediante la prescrizione estintiva che, di regola, è trentennale. E ciò indipendentemente dall'estinzione indiretta della fideiussione per la prescrizione dell'obbligazione garantita (1), poichè noi parliamo della prescrizione della fideiussione come tale, ossia della fideiussione che si estingue per causa propria.

Perocchè la fideiussione è obbligazione connessa, ma distinta dall'obbligazione principale, e, come tale, può estinguersi anche se, per circostanze speciali, perdura l'obbligazione garantita.

785. — Il fideiussore può rinunciare alla prescrizione dell'obbligazione fideiussoria; e può rinunciarvi sia espressamente sia tacitamente, ove compia un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione (Cod. civ. it., art. 2111).

Questa prescrizione dell'obbligazione fideiussoria può essere interrotta civilmente dal creditore per le cause indicate dalla legge (Cod. civ. it., art. 2125), e dallo stesso fideiussore se egli riconosce il diritto del creditore contro cui la prescrizione era cominciata (Cod. cit., art. 2129).

Allorchè la prescrizione dell'obbligazione fideiussoria, come tale, viene interrotta dal creditore contro il fideiussore, tale interruzione non produce l'interruzione contro il debitore

(1) Per la prescrizione della fideiussione nel diritto attico, consulta BEAUCHET, *op. cit.*, IV, p. 525-528 e p. 102-103.

Digitized by Google

principale (1), perocchè l'obbligazione garantita e la fideiussoria hanno una vita distinta, e non v'è alcun rapporto di causalità tra l'interruzione della prescrizione di quest'ultima obbligazione e l'interruzione della prescrizione dell'obbligazione principale.

Tuttavia fu sostenuto il contrario per queste ragioni: 1° l'identità dell'obbligazione principale e della fideiussoria; 2° il fideiussore è il mandatario del debitore per pagare: vincolato da una obbligazione che è la stessa del debitore principale, il fideiussore è per conseguenza una persona capace di ricevere, sia in proprio nome, come nel nome del debitore, le domande necessarie per pagare (2); 3° non può, di regola, ammettersi che il debitore ignori quanto a suo profitto fece il fideiussore, nè che questi lo abbia, contro il proprio interesse, tenuto a lui nascosto; 4° sarebbe strano che il fideiussore pagando il debito avesse, a somiglianza del mandatario, risparmiato al debitore la molestia e il danno di giudiziali contestazioni e dovesse poi trovare all'esercizio dell'azione di regresso insormontabile ostacolo nella eccezione di prescrizione, che lo stesso debitore da lui liberato fosse autorizzato ad opporgli (3).

Ma dalla identità delle due obbligazioni non discende la conseguenza che gli effetti della interruzione per il fideiussore valgono anche per il debitore, perocchè, come più volte osservammo, le due obbligazioni hanno una entità e una vita distinte, in quanto il fideiussore deve bensì un *idem*, ma un *idem* accessorio, e se non è esatta l'affermazione che l'accessorio segue sempre le sorti del principale, ancor più inesatta è l'opinione che, nel caso in discorso, il principale debba seguire l'accessorio, come si verificherebbe se la teoria che combattiamo fosse ammessa.

Non regge poi l'asserzione che il fideiussore è sempre il

(1) Duranton, XXI, n. 283; Marcadé, *De la prescription*, art. 2250, n. II; Ponsot, n. 326; Pont, II, n. 342; Fournier, in *Rev. crit.*, XVI, 1887, n. 33, p. 46; Guillouard, n. 221, p. 251; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1166, p. 558. — Contro: Troplong, n. 464; Corsi, p. 557-558. Confr. Mirabelli, *op. cit.*, n. 42, p. 454.

(2) Troplong, n. 464.

(3) Corsi, p. 557-558.

Digitized by Google

mandatario del debitore per pagare, perocchè, se, di regola, la fideiussione ha luogo per mandato del debitore, talvolta invece ha luogo per accordo intervenuto direttamente tra creditore e fideiussore, o dietro richiesta del primo o per spontanea iniziativa del secondo. Ed allora il fideiussore non è più una persona capace di ricevere, anche nel nome del debitore, le domande necessarie per pagare. Posto tutto ciò, non è rilevante la circostanza che il debitore conosca quanto operò a suo profitto il fideiussore, poichè l'inefficacia della interruzione della prescrizione contro il fideiussore nei rapporti dell'obbligazione principale non è fondata sulla presunta ignoranza del debitore, ma sulla autonomia dell'obbligazione principale di fronte alla fideiussoria. Da ultimo, se il fideiussore non vuole esporsi al rischio di dover pagare il debito e di sentirsi poi opporre dal debitore da lui liberato l'eccezione di prescrizione, può esercitare contro il debitore stesso l'azione di rilevazione, sia quando è convenuto giudizialmente dal creditore per il pagamento, sia quando il debito è divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto per il pagamento, sia negli altri casi consentiti dalla legge (Cod. civ. it., art. 1919).

Non osta alla nostra dottrina la disposizione contenuta nell'art. 2132 Cod. civ. it. (Cod. franc., art. 2250), per la quale « l'intimazione di un atto d'interruzione al debitore principale, o la ricognizione da lui fatta del diritto interrompe la prescrizione anche contro il fideiussore ».

Non sussiste identità di ragione fra questa ipotesi prevista dal legislatore e l'ipotesi contraria di cui parliamo, perocchè mentre nel primo caso si tratta di un atto interruttivo intimato al debitore principale e che vale ad interrompere la prescrizione anche contro il debitore sussidiario, nel secondo caso, secondo la dottrina che respingiamo, si tratterebbe di un atto interruttivo intimato al debitore sussidiario, che vale ad interrompere la prescrizione anche contro il debitore principale, mentre è evidente che l'obbligazione principale è assolutamente autonoma di fronte alla obbligazione accessoria. S'aggiunga che la disposizione del citato art. 2132 Cod. civ. it. è eccezionale in quanto deroga al principio per cui la fideiussione può estinguersi, nonostante il

Digitized by Google

perdurare dell'obbligazione principale, per le stesse cause per le quali si estinguono tutte le obbligazioni (Cod. civ. it., art. 1925; francese, art. 2034) (1); epperò tale disposizione non si può estendere a un caso diverso da quello ivi contemplato (2).

§ 5.

Il giuramento.

SOMMARIO: 786. Giuramento sull'esistenza della fideiussione. — 787. Rifiuto del fideiussore di prestare il giuramento o di riferirlo. — 788. Continuazione.

786. — L'estinzione della fideiussione per il giuramento prestato dal fideiussore può verificarsi: 1° se il fideiussore ha negato col giuramento l'esistenza dell'obbligazione principale; 2° se ha negato col giuramento, per cause a lui personali, l'esistenza della fideiussione che altri afferma da lui prestata.

Nel primo caso, se si tien conto della sostanza e non dell'apparenza, si ha una estinzione *indiretta* della fideiussione, perchè questa cessa bensì per un fatto dovuto al fideiussore, ma si estingue in conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione principale di cui il giuramento ha distrutto l'esistenza; ossia la fideiussione si estingue non per una causa propria, ma per una ragione indiretta (3).

Un vero caso di estinzione diretta si ha invece quando il fideiussore esclude col giuramento, per causa a lui propria, la fideiussione che si pretende da lui prestata.

Tale giuramento sull'esistenza della fideiussione è pienamente ammissibile (4), non ostandovi nè la L. 28, § 1, D. *de*

(1) Vedi *ultra*, n. 791.

(2) GUILLOUARD, n. 221, p. 251.

(3) Per tale motivo trattiamo della prima ipotesi nel capo II, dedicato alla estinzione indiretta della fideiussione, mentre il GUILLOUARD, n. 222, contempla tutte e due le ipotesi nel capo consacrato all'estinzione diretta.

(4) Contro: LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. II, n. 460, p. 372, Firenze, 1895, il quale opina che « in tema di fideiussione il giuramento è inammissibile sul fatto della fideiussione, ma ammissibile sull' esistenza della obbligazione ».

Digitized by Google

iureiur., 12, 2, nè la L. 42, § 1, D. *h. t.*, nè la L. 1, § 3, D. *quarum rerum act. non datur*, 44, 5, nè finalmente l'articolo 1373, § ultimo, Codice italiano, perocchè in tutte queste disposizioni si dichiara soltanto che il giuramento decisorio prestato dal fideiussore *non giova al debitore principale* se fu deferito sul fatto della fideiussione, mentre gli giova se fu deferito sul debito. Non giova adunque al debitore principale perchè non è un giuramento *de re*, bensì *de persona*; ma ciò non toglie che il giuramento sul fatto della fideiussione sia ammissibile per il fideiussore, e che, negato da questo il fatto della fideiussione che si pretende da lui interposta, la fideiussione stessa si estingua.

Ma questo giuramento che produce l'estinzione dell'obbligazione sussidiaria, non produce però l'estinzione dell'obbligazione principale, essendo che un debito principale può sempre sussistere senza il debito sussidiario.

Ecco perchè la citata L. 28, § 1, D. *de iureiur.*, 12, 2, dopo aver dichiarato che il giuramento prestato dal fideiussore giova al debitore principale, rettamente avvertiva « si modo ideo interpositum est jusjurandum ut de ipso contractu et de re, *non de persona jurantis* ageretur » (1). E la L. 42, § 1, D. *h. t.* avvertiva anch'essa « Atquin si quasi omnino idem *non fideiussisse juravit*, non debet hoc jusjurandum reo promittendi prodesse ». Principio confermato nella citata L. 1, § 3, D. *quarum rer. act. non dat.*, 44, 5: « Si fideiussor iuravit, si quidem de sua persona tantum iuravit, quasi se non esse obligatum (2) nihil reo proderit; si vero in rem iuravit, dabitur exceptio reo quoque ».

Principio, da ultimo, accolto nel diritto francese anteriore al Codice (3) e sancito dal legislatore odierno, il quale, dopo

(1) E la Glossa: « Id est non deberi vel non fuisse celebratum contractum; non autem de persona tantum, *scilicet quod iuret se non intercessisse*: quia hoc reo non prodest . . . . . ». La stessa distinzione è fatta nel frammento 28, § 2, D. *h. t.*, per il giuramento prestato da colui che « debitorem meum in iudicium exhibere promisit », il quale se giurò « se omnino exhibitionem eius non promisisse », oppure giurò « quia post promissionem exhibuerit », non giova con tale giuramento al debitore.

(2) Ed Accursio: « Idest *se non fideiussisse* ».

(3) Pothier, *op. cit.*, to. IV, n. 825.

Digitized by Google

aver dichiarato che il giuramento prestato dal fideiussore giova al debitore principale, avverte che tale giuramento giova a quest'ultimo soltanto se fu deferito sul debito, e non sul fatto della fideiussione (Cod. civ. it., art. 1373, §§ 5 e 6; franc., art. 1365, §§ 5 e 6).

787. — Se il fideiussore, cui fu dal creditore deferito il giuramento sul fatto della fideiussione, ricusa di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe come se avesse confessata la propria obbligazione fideiussoria (Cod. civ. it., articolo 1367). Ma egli non può esercitare il regresso contro il debitore perchè ha prestato un giuramento *de persona*, il quale come non può giovare al debitore così non deve nuocergli, riferendosi esso all'esistenza dell'obbligazione sussidiaria da cui l'esistenza della obbligazione principale è indipendente in modo assoluto.

788. — Poichè le conseguenze del giuramento prestato dal fideiussore sul fatto della fideiussione sono circoscritte a colui che giurò, segue che il rifiuto del fideiussore di prestare o riferire il giuramento sull'esistenza della fideiussione non nuoce al debitore che può tuttavia negare col giuramento la propria obbligazione principale.

Da ultimo si avverta che se il giuramento è deferito dal fideiussore al creditore sull'esistenza della fideiussione, e il creditore ne giura l'esistenza, tale giuramento non nuoce al debitore.. Ed il rifiuto del creditore di giurare o riferire il giuramento giova al fideiussore, ma non giova al debitore per la detta indipendenza dell'obbligazione principale dalla fideiussoria.

§ 6.

La cosa giudicata.

SOMMARIO: 789. Effetti della cosa giudicata intervenuta tra il creditore e il fideiussore.

789. — Per causa propria s'estingue la fideiussione in forza della cosa giudicata intervenuta tra il fideiussore e il creditore, la quale abbia assolto il garante dalla fideiussione, per cause personali al fideiussore.

Digitized by Google

Se l'assoluzione o la condanna del fideiussore avvennero per cause a lui personali ossia non sul fondamento dell'obbligazione principale, ma per cause che riguardano soltanto il fideiussore, la cosa giudicata non può giovare nè nuocere al debitore principale per quanto concerne la sua obbligazione (1).

Infatti la questione se tra il fideiussore e il debitore sussista o no una rappresentazione, ossia se sussista o non l'estremo dell'identità subbiettiva (*eaedem personae*) richiesto per l'*exceptio rei iudicatae*, non richiede una soluzione nel caso che ci occupa. Perocchè, o si ammetta la rappresentazione imperfetta tra fideiussore e debitore, o la si escluda, la cosa giudicata intervenuta tra il creditore e il fideiussore unicamente sul fatto della fideiussione e per cause personali al garante, non può essere opposta dal debitore per escludere la propria obbligazione principale, nè opporsi dal creditore al debitore per provarne la esistenza, in quanto mancano, in ogni caso, gli altri due estremi richiesti per l'*exceptio rei iudicatae*, ossia: *a*) l'*eadem causa*; *b*) l'*eadem res*. Manca il primo requisito perchè il fondamento giuridico dell'azione intentata contro il fideiussore era il contratto di *garanzia*, mentre il fondamento giuridico dell'azione che il creditore intenta contro il debitore è il contratto principale. La sussidiarietà e l'accessorietà della fideiussione non tolgono questa differenza nel fondamento giuridico delle azioni, poichè, come più volte si è detto, l'obbligazione principale e l'accessoria, pur essendo connesse per ragione di oggetto, hanno tuttavia una distinta entità; e poi l'obbligazione principale può sempre sussistere senza l'accessoria, per cui è possibile intentare un giudizio contro il fideiussore senza che le conseguenze nascenti dalla cosa giudicata tocchino il debitore, nè per giovargli nè per nuocergli.

(1) Corsi, p. 582. In senso diverso: Guillouard, n. 223, e Baudry-Lacantinerie et Vahl, n. 1167, p. 558. — Scrive il Guillouard, che il debitore può far sua la cosa giudicata intervenuta tra il fideiussore e il creditore, se la trova vantaggiosa; può respingerla se la giudica svantaggiosa; perchè la legge non dà al fideiussore il mandato di rappresentare il debitore in giudizio. Ma se il giudicato è vantaggioso, può, per l'analogia dell'art. 1365, dire che il fideiussore ha bene amministrato il suo affare e che egli ratifica l'operato del fideiussore.

Digitized by Google

Manca inoltre l'estremo dell'*eadem res* perocchè l'oggetto dell'azione e dell'eccezione su cui il creditore e il fideiussore hanno conteso, e su cui l'autorità giudiziaria ha sentenziato, non fu l'obbligazione principale per sè stessa, ma la obbligazione fideiussoria, di cui si discusse l'esistenza come tale, ossia un' obbligazione avente un' entità distinta da quella dell' obbligazione che è l' oggetto dell' azione intentata dal creditore contro il debitore: « tantum iudicatum, quantum litigatum ».

§ 7.

La transazione.

SOMMARIO: 790. Effetti della transazione fra il creditore e il fideiussore.

790. — Una causa di parziale estinzione diretta della fideiussione può essere la transazione intervenuta tra il creditore e il fideiussore relativamente all'obbligazione fideiussoria, in forza della quale il creditore e il fideiussore, o pongono fine ad una lite già iniziata su tale oggetto, o prevengono una lite che può sorgere (estremo della *res dubia*), dando, promettendo o rimettendo ciascuno qualche cosa (*aliquo dato*; *aliquo retento*). Causa possibile di estizione diretta e *parziale*, in quanto il creditore rimetta anch'esso una parte delle sue pretese, il che importa una estinzione dell'obbligazione fideiussoria nei limiti della concessione fatta dal creditore.

Avvenuta la transazione, nasce per il fideiussore — come per il creditore — l'*exceptio litis per transactionem finitae*; e questa eccezione, conformemente al principio che vedemmo valere per la cosa giudicata, può opporsi soltanto nel concorso dei tre requisiti: *eadem causa*, *eadem quaestio*, *inter easdem personas* (1).

Epperò se per effetto di una transazione conclusa tra il creditore e il fideiussore sia risultata una diminuzione della obbligazione fideiussoria come tale, sia quanto al valore, sia quanto alle modalità, riteniamo, contrariamente a qualche scrittore, che

(1) Sulla transazione consulta: BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, Torino, 1900.

Digitized by Google

questa diminuzione non può giovare al debitore (1). Perocchè l'obbligazione del debitore è assolutamente indipendente da quella del fideiussore, benchè connessa con la medesima; onde le modificazioni del rapporto accessorio non si riproducono, di necessità, nel rapporto principale; e la transazione ha effetto soltanto tra le parti contraenti, e al debitore non giova nè nuoce: *tertio neque prodest, neque nocet.* Anche qui infatti, come nella cosa giudicata tra creditore e fideiussore, non si ha l'*eadem causa* perchè diverso è il fondamento giuridico della transazione da quello dell'azione che il creditore spiega contro il debitore: la transazione ha per fondamento il contratto di garanzia come tale, investe la sua esistenza, le sue modalità; la seconda ha per base il contratto principale. Epperò manca altresì l'*eadem quaestio*, in quanto è diverso l'obbietto della transazione, dall'oggetto dell'azione creditoria contro il debitore.

La transazione estingue o soffoca nel suo nascere la controversia che ne forma l'oggetto. Perciò, se una delle parti vuole risollevare la contestazione mediante un'azione giudiziaria spiegata contro l'altra parte, questa può respingere l'azione mediante l'*exceptio litis per transactionem finitae.* Ma allorquando il creditore agisce in giudizio contro il debitore, egli non solleva una controversia avente lo stesso oggetto di quella estinta con la transazione, poichè questa ebbe per oggetto la garanzia come tale, ossia il mezzo che assicurava l'adempimento della obbligazione, mentre la nuova azione ha per oggetto tale adempimento indipendentemente dalla garanzia.

§ 8.

Cause speciali di estinzione diretta.

SOMMARIO: 791. Regola e applicazioni.

791. — Dal principio per cui la fideiussione mentre non può essere contratta a condizioni più gravi di quelle inerenti

(1) Il contrario è insegnato dal CORSI, p. 583-584. In senso conforme a quanto sosteniamo nel testo: Cod. dell'Uruguay, art. 2087: « La transacion hecha por el fiador con el acreedor, no surte efecto para con el deudor principal.

Digitized by Google

all'obbligazione principale, può invece essere assunta a patti meno gravi, sia per la misura, come per il tempo e le condizioni, nasce la conseguenza che essa può estinguersi direttamente per causa propria nonostante il perdurare del rapporto principale.

Così, limitata la garanzia fino ad un tempo determinato, la fideiussione si estingue col sopraggiungere di questo termine, mentre continua l'obbligazione garantita.

Contratta la fideiussione sotto una condizione risolutiva ad essa esclusivamente apposta (ad es., a condizione che il garantito non diventi erede, dentro l'anno, di suo zio), la garanzia si estingue se la detta condizione si verifica (ad es., se dentro l'anno, il garantito diventa erede di suo zio).

Ma il fideiussore può rinunciare ai mezzi di liberazione di cui può disporre; ed allora se, nonostante l'avvenuta estinzione del suo vincolo, paga spontaneamente il creditore, ha sempre contro il debitore l'azione di regresso e di subingresso per il rimborso di quanto gli spetta (L. 29, § 1, D. *mand.*).

§ 9.

Applicabilità dei medesimi principii alla fideiussione semplice e solidale.

SOMMARIO: 792. Regola e applicazione alla prescrizione della fideiussione solidaria.

792. — I principii esposti circa la prescrizione, il giuramento, la cosa giudicata, la transazione e gli altri modi di estinzione diretta della fideiussione valgono sia per la fideiussione semplice come per la solidale (1), perocchè la fideiussione, pur essendo solidale, è tuttavia un'obbligazione sussidiaria, e non si può conseguentemente parificare il fideiussore solidario a un condebitore solidale (2).

Non sfugge ai detti principii neppure la prescrizione della fideiussione solidaria. Non osta infatti il disposto dell'articolo 2130 Cod. civ. it., per il quale gli atti civilmente inter-

(1) GUILLOUARD, n. 224, p. 252-253.
(2) Vedi *retro*, n. 250-251.

Digitized by Google

ruttivi della prescrizione, intimati ad uno dei debitori in solido, o la ricognizione del diritto fatta da uno di questi, interrompono la prescrizione contro gli altri condebitori. Perocchè tale disposizione non è applicabile al debitore garantito dal fideiussore solidario, non essendo questi un vero condebitore solidario (1).

Capo II.

ESTINZIONE INDIRETTA PER ESTINZIONE DELL' OBBLIGAZIONE PRINCIPALE.

Sommario: 793. Regola. — 794. Pagamento. — 795-796. Continuazione. — 797. Novazione. — 798. Delegazione attiva e novazione oggettiva. — 799. Novazione compiuta riguardo al fideiussore. — 800. *Quid juris* se il creditore esige l'adesione dei fideiussori. — 801. « *Datio in solutum* ». — 802. Condizioni necessarie affinchè la *datio in solutum* produca la liberazione del fideiussore. — 803. Se il fideiussore rimanga liberato ancorchè il creditore soffra in seguito l'evizione. — 804. Se il creditore possa riservarsi i diritti contro il fideiussore per il caso in cui egli soffra l'evizione. — 805. Se la liberazione del fideiussore abbia luogo qualunque sia la causa dell'evizione. — 806. *Quid juris* se il creditore è stato pagato e il pagamento venga annullato. — 807. Proroga del termine. — 808. Critica della legislazione francese. — 809. Sistema della legislazione italiana. — 810. Sistema di altre legislazioni vigenti. — 811-812. Interpretazione e applicazione degli art. 1931 e 1930 Codice italiano. — 812 *bis*. Continuazione. — 813. *Quid juris* se posteriormente alla concessione della proroga fatta dal creditore, il debitore diventa insolvibile. — 814. Se il creditore che accorda la proroga al debitore abbia l'obbligo di avvertirne il fideiussore. — 815. Se il fideiussore possa agire immediatamente contro il debitore nonostante la proroga a quest'ultimo accordata dal creditore. — 816. Condono del debito. — 817. Diritti dei creditori contro i fideiussori del fallito concordatario. — 818. Compensazione. — 819. Se il fideiussore solidale possa opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore. — 820. Confusione. — 821. Se nella fideiussione *donandi animo* la confusione liberi il fideiussore. — 822. Perdita della cosa dovuta. — 823. Condizione risolutiva. —

(1) Ponsot, n. 312; Pont, n. 353; Guillouard, n. 224, p. 253; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1166, p. 558. Confr. Fournier, in *Rev. crit.*, 1887, n. 33, p. 46. — Contro: Troplong, n. 459.

Digitized by Google

824. Prescrizione. — 825. Cosa giudicata. — 826. Continuazione. — 827. Transazione. — 828. Giuramento.

793. — Per la natura sussidiaria della fideiussione e per il suo contenuto, che è la guarentigia, la fideiussione si estingue col cessare dell'obbligazione principale, essendo inconcepibile la garanzia di ciò che più non esiste.

Ne segue che il fideiussore può far valere contro il creditore l'estinzione dell'obbligazione principale (1). E ciò si dica sia per il fideiussore ordinario come per il solidale (2).

794. — 1° *Pagamento*. — Fra le cause d'estinzione indiretta della fideiussione è il pagamento, che può esser fatto o dal debitore principale, o da un terzo, o dallo stesso fideiussore.

In quest'ultimo caso la fideiussione si estingue in modo indiretto, per effetto cioè dell'estinzione del debito ch'era garantito. Ma permangono gli effetti della garanzia tra il fideiussore e il debitore: ossia l'azione di regresso e il subingresso del fideiussore nelle ragioni del creditore.

Se il pagamento è eseguito dal debitore principale, la garanzia si estingue per la stessa ragione su esposta, ossia per il principio che non può sussistere una guarentigia senza il suo oggetto.

Se poi il pagamento è fatto da un terzo, con surrogazione pattuita o col creditore o con lo stesso debitore, l'obbligazione fideiussoria si estingue rispetto al primitivo creditore; ma permane rispetto al terzo surrogato che sottentra nelle azioni del primo creditore per effetto della detta surrogazione. Perocchè, sia che si consideri il pagamento con surrogazione come una cessione del credito; sia che lo si consideri come una novazione per cambiamento di creditore, salve per disposizioni di legge le garanzie dell'obbligazione novata; o lo si riguardi come una cessione finta; o si ravvisi nel medesimo una figura *sui generis*, nè tutta cessione,

(1) Conf.: diritto russo (Lehr, *Éléments de droit civil russe*, II, n. 1380, p. 455); Codice svizzero delle obbligaz., art. 501; Cod. chileno, art. 2381, n. 3; messicano, art. 1878; columbiano, art. 2406; del Guatemala, art. 2245; dell'Uruguay, art. 2103; argentino, art. 2042.

(2) Ponsot, n. 312; Pont, II, n. 353; Guillouard, n. 224; Fournier, in *Revue crit.*, 1887, n. 36; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1138, p. 548.

Digitized by Google

nè tutta pagamento (1), certo è che per effetto della surrogazione l'obbligazione fideiussoria permane (2). Infatti, estinta di fronte al creditore primitivo, essa sussiste tuttavia rispetto al debitore, essendo che il pagamento con surrogazione assicura al terzo, che lo eseguì, il rimborso mediante le azioni principali ed accessorie proprie del credito prima appartenenti al creditore (Codice civile italiano, art. 1252, n. 1; franc., art. 1250).

Il debitore principale che paga il debito non può invece, pattuendo col creditore una surrogazione convenzionale contro il fideiussore, agire verso il fideiussore stesso; perocchè il debitore deve, al contrario, sollevare dal pagamento il garante, sia col rimborsarlo di quanto abbia dovuto pagare, sia col tenerlo per liberato allorchè egli stesso (il debitore) abbia estinta l'obbligazione. Ne segue che la surrogazione convenzionale lascia sussistere la fideiussione soltanto se sia consentita a persona diversa dal debitore garantito (3).

795. — Se si tratta di obbligazioni di dare, le quali comprendono altresì quelle di restituire (es., mutuo, comodato, deposito, pegno), la fideiussione si estingue se con la restituzione della cosa o del suo valore, i diritti del proprietario vengono estinti (4).

Nelle obbligazioni di dare aventi per oggetto il trasferimento della proprietà d'una cosa, la fideiussione che garantisce il legittimo trasferimento si estingue, se chi paga è il proprietario della cosa e se è capace d'alienarla (5).

796. — S'avverta poi che il pagamento estingue la fideiussione soltanto se sia fatto a un creditore capace di riceverlo validamente. Quindi il pagamento fatto, ad es., ad un minore, ad un interdetto, ad un inabilitato senza l'intervento del padre, del tutore, del curatore, non libera nè il debitore, nè il fideiussore, tranne se essi potessero provare

(1) Vedi in quest' ultimo senso GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, nn. 156-158, con gli autori ivi citati.

(2) GUILLOUARD, n. 225, p. 254; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1139, pag. 548.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1139, p. 548.

(4) CORSI, *op. cit.*, p. 285-286.

(5) ID., p. 286.

Digitized by Google

che l'incapace ritrasse da quel pagamento un vantaggio manifesto (1).

797. — 2° *Novazione.* — La novazione che estingue un'obbligazione e ne crea un'altra (prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio), ed è ad un tempo liberatoria e obbligatoria, se libera il debitore principale libera altresì il fideiussore (Cod. civ. it., art. 1277, § 2; francese, art. 1281, § 2) (2).

Tale principio, che vale anche per la fideiussione solidale (3), è applicabile alle varie figure della novazione.

Applicabile per conseguenza all'*espromissione* che si verifica quando un nuovo debitore, non presentato dal debitore, è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore. In tal caso anche il fideiussore del debitore originario è liberato (4).

Il detto principio vale anche per il caso della *delegazione passiva* che si avvera quando il debitore presenta al creditore, in propria sostituzione, un altro debitore. In tale ipotesi il fideiussore è liberato anche se il creditore siasi riservati i diritti verso il debitore per l'eventualità in cui il debitore delegato divenisse insolvente, ed anche se questi fosse già in stato d'insolvenza o fallimento all'epoca della delegazione (5). E ciò perchè nel silenzio della legge su tale argomento, si deve applicarne lo spirito; ed il complesso delle disposizioni legislative, nella soggetta materia, è informato al principio di un trattamento di favore per il garante.

Ma il fideiussore non può essere liberato se intervenne nella novazione per vincolarsi col debitore delegante alle indennità eventualmente dovute al creditore (6).

(1) Corsi, p. 290.

(2) Sulla novazione consulta Wilhelm von Blume, *Novation, Delegation und Schuldübertragung*, Göttingen, 1895.

Esce dai confini di questo *Trattato* l'analisi dei casi certi e dubbi di novazione. Per due fattispecie relative alla materia cambiaria vedi: Cass. Torino, 10 febbraio 1888 (*Annali*, 1888, p. 363); Cass. Firenze, 31 maggio 1886 (*Legge*, 1886, II, 511).

(3) Fournier, in *Revue critique*, 1887, n. 36; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1144, p. 550.

(4) Conf. Corsi, p. 463.

(5) Conf. Corsi, p. 461-462.

(6) Corsi, p. 462.

Digitized by Google

798. — La liberazione del fideiussore si avvera anche nel caso della *delegazione attiva* che si ha quando, per una nuova obbligazione, si sostituisce un nuovo creditore all'antico verso il quale il debitore rimane liberato. Si deve eccettuare il caso in cui il fideiussore nella nuova obbligazione da cui nacque la novazione abbia rinnovata la propria garanzia (1).

Applicabile, da ultimo, il detto principio alla figura della *novazione oggettiva* (sostituzione nell'oggetto) che si avvera quando il debitore contrae verso il creditore un nuovo debito, il quale si sostituisce all'antico che rimane estinto. Dal che sorge l'estinzione della fideiussione.

Ma la fideiussione non s'estingue se la novazione non può aver luogo, ad es., perchè l'obbligazione precedente era condizionale, e la condizione mancò, rendendo così inefficace la novazione che era reputata anch'essa condizionale; oppure perchè la obbligazione primitiva era inesistente per modo che è inesistente anche la novazione. Perocchè, risorta la prima obbligazione, vien meno la causa per cui la fideiussione si considerava estinta; epperò rinasce anche la garanzia (2).

799. — Se la novazione fu compiuta riguardo al fideiussore, bisogna distinguere due casi. O la novazione fu operata con l'intenzione di liberare il fideiussore dalla sua obbligazione; il che avverrà nel maggior numero dei casi. Oppure — e ciò è poco probabile — il creditore e il fideiussore hanno inteso di estinguere con la novazione il debito principale, riversando sul fideiussore l'onere intero dell'obbligazione.

Nel primo caso l'obbligazione fideiussoria si estingue in modo diretto, mentre perdura la obbligazione del debitore, perchè questi rimane estraneo alla novazione potendo l'obbligazione principale sussistere senza la sussidiaria. Vale lo stesso principio per i confideiussori, perocchè la novazione fu compiuta col fine di liberare quel solo garante che vi prese parte. Lo stesso si dica anche per i confideiussori solidali; non sarebbe infatti applicabile l'art. 1277, § 1, Cod. civ. it. (Cod. franc., art. 1281, § 1), per il quale la novazione fatta tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri

(1) Conf. Corsi, p. 463-464.
(2) Conf. Corsi, p. 458.

Digitized by Google

condebitori; essendo che la solidarietà stipulata tra i fideiussori ha effetto soltanto riguardo al creditore e non toglie l'accessorietà e la sussidarietà della fideiussione. Pertanto quando il creditore fa una novazione con uno dei fideiussori solidali e nel suo interesse, la novazione ha effetto soltanto per tale fideiussore che con la novazione si volle liberare (1).

Vale il principio contrario nel raro caso in cui siasi voluto novare il debito principale e addossare al fideiussore tutto il peso della nuova obbligazione. Se dall'atto di novazione risulta tale volontà delle parti, il debito è estinto anche di fronte al debitore principale e ai confideiussori (2).

800. — Il principio per cui se la novazione ha luogo tra creditore e debitore, il fideiussore è liberato, ha una eccezione: se il creditore esige l'adesione dei fideiussori, e i medesimi ricusanó di aderire alla nuova convenzione, sussiste il credito anteriore (Cod. civ. it., art. 1277, § 3). La quale massima è conforme a quella sancita nella L. 4, Cod. *de fidei.*, 8, 41: « Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt ». Ecco perchè si ammette che il creditore possa stipulare la novazione, o col pattuirla sotto la condizione sospensiva dell'adesione del fideiussore, o sotto la condizione risolutiva che se il garante non aderisce alla nuova obbligazione, la novazione si deve reputare come non fatta. Nel primo caso la novazione si reputa come non fatta se il fideiussore non vi aderisce; nel secondo caso se il garante non aderisce, rivive il debito antico come se non si fosse mai estinto (3).

801. — 3° *Datio in solutum.* — Non va confusa con la novazione la *datio in solutum* (4) volontaria che si verifica allorquando il creditore, rinunciando al principio per cui « aliud pro alio invito creditore solvi non potest » acconsente di ricevere una cosa diversa da quella che sarebbe dovuta (sostituzione d'oggetto). La dazione in pagamento costituendo un

(1) Laurent, XVIII, n. 325.
(2) Laurent, *loc. cit.*; Giorgi, *op. cit.*, VII, n. 420.
(3) Giorgi, *op. cit.*, VII, n. 422. Vedi inoltre Laurent, *op. cit.*, XVIII, n. 327.
(4) Confr. Polacco, *Dazione in pagamento.*

Digitized by Google

pagamento attuale, estingue l'obbligazione, senza crearne una nuova, laddove la novazione essendo soltanto una « prioris debiti in aliam obligationem..... transfusio atque *translatio* » muta un'obbligazione in un'altra, essendo ad un tempo obbligatoria e liberatoria (1).

È poi evidente che, se per effetto della dazione in pagamento si estingue l'obbligazione principale, deve cessare anche la fideiussione per mancanza di fondamento.

Conformemente a questo principio la legge dichiara che, quando il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il fideiussore resta liberato ancorchè il creditore ne soffra in seguito l'evizione: Cod. franc., art. 2038; ital., art. 1929 (coi cessati Codici: delle Due Sicilie, art. 1910; parmense, articolo 2667; sardo, art. 2076; estense, art. 2056); neerlandese (art. 1886); portoghese (art. 850); spagnuolo (art. 1849); della Luigiana (art. 3031); di Haiti (art. 1804); chileno (art. 2382); dell'Uruguay (art. 2106); messicano (art. 1880); columbiano (art. 2407); argentino (art. 2050).

A torto fu affermato da Chabot, nella sua Relazione al Tribunato che in questo caso l'obbligazione principale è estinta per novazione. S'è ora dimostrato che la novazione estingue un'obbligazione e ne crea un'altra; mentre nel caso in discorso si tratta di un fatto che estingue il debito antico senza crearne uno nuovo. Si ha pertanto, non una novazione; bensì una *datio in solutum* da quella distinta (2).

802. — La liberazione del fideiussore è subordinata a due condizioni: 1° che il creditore abbia accettato in pagamento un immobile o qualunque altra cosa; 2° che abbia accettato *volontariamente*.

L'accettazione è volontaria se il creditore ha liberamente consentito, nonostante il suo diritto, alla sostituzione dell'oggetto dell'obbligazione, senza essere stato a ciò costretto da alcuna necessità. Per la qual cosa, se, ad esempio, il cre-

(1) Vedi *retro*.

(2) Confr. Laurent, n. 279; Corsi, p. 255-256. In senso diverso: Guillouard, n. 253, p. 286, il quale afferma che la dazione in pagamento « n'est qu'une novation par changement d'objet ». Confr. Galdi, n. 239, p. 272.

Digitized by Google

ditore procede all'esecuzione contro il debitore e fa l'offerta di prezzo dei fondi da subastarsi, e in mancanza di oblatori ne rimane deliberatario, il fideiussore non è liberato qualora un terzo, dimostrando di essere proprietario dei beni aggiudicati al creditore, li rivendichi contro quest'ultimo (1).

803. — Il fideiussore rimane liberato ancorchè il creditore soffra in seguito l'evizione?

La *datio in solutum* estingue l'obbligazione soltanto se trasferisca al creditore la proprietà della cosa data in pagamento (L. 43, D. *de solut.*, 46, 3). In mancanza di tale condizione il debito permane; per la qual cosa, a rigore, dovrebbe perdurare anche la fideiussione. Tuttavia vige il principio per cui il fideiussore rimane liberato ancorchè il creditore soffra in seguito l'evizione (Cod. it., art. 1929 cit.; franc., art. 2038); sia che si tratti di cosa non appartenente al debitore che la diede *in solutum*, sia che si tratti di evizione per semplice azione ipotecaria.

Nel diritto francese antico, secondo quanto riferisce Basnage (2), era stato giudicato da vari decreti, che il creditore non era, nel detto caso, ammissibile ad agire conto il fideiussore, se durante un tal tempo il debitore principale era divenuto insolvente, perchè « nemo ex alterius facto praegravari potest ».

Il diritto vigente non esige, per la liberazione del fideiussore, che il debitore principale sia divenuto insolvente, ma tende a proteggere il garante contro i danni di un'insolvenza eventuale del debitore. Perocchè, con l'accordo intervenuto tra creditore e debitore, diretto a dare un immobile o altra cosa *in solutum*, si toglie al fideiussore la possibilità di pagare in luogo del debitore e conseguentemente di esercitare contro il medesimo l'azione di regresso e il subingresso nei diritti del creditore. Se infatti il fideiussore fosse costretto a pagare dopo che il creditore ha subìto l'evizione, potrebbe accadere che i

(1) Cass. franc., 19 janvier 1863 (*Sirey*, 1863, I, 187). — Aubry et Rau, IV, § 429 testo e nota 3; Pont, II, n. 404; Laurent, n. 283; Ricci, n. 377; Galdi, n. 239, p. 272; Guillouard, n. 254, p. 286; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1149, p. 552.

(2) Basnage, *Trattato delle ipoteche*, parte 3ª, cap. fin., citato da Pothier, n. 407.

Digitized by Google

diritti del garante fossero vani qualora nel frattempo il debitore fosse divenuto insolvibile. Lo stesso inconveniente si avrebbe per l'azione di rilevazione (Cod. it., art. 1919 cit.), che il fideiussore invocherebbe invano: essa infatti presuppone che il debito non sia ancor stato pagato, mentre, nella questione in discorso, ha avuto luogo una *datio in solutum* consentita dal creditore.

804. — È assai discussa la questione, se il creditore possa nel contratto riservarsi i suoi diritti contro il fideiussore per il caso in cui egli soffra l'evizione della cosa ricevuta in pagamento.

Taluno osserva che in tal caso si avrebbe una *datio in solutum* condizionale, e che, mancando la condizione, non vi sarebbe pagamento, nè per conseguenza l'estinzione della garanzia. E poi l'accettazione non è *volontaria* quando il creditore ha espressa la volontà formale di non liberare il fideiussore (1).

Questa dottrina non è, a nostro avviso, conforme al senso in cui va intesa l'accettazione volontaria di cui parla la legge. Si ha, come si disse, accettazione volontaria quando il creditore ha liberamente consentito alla sostituzione dell'oggetto dell'obbligazione senza essere stato costretto dalla necessità delle cose ad accettare l'immobile o altra cosa. Ciò posto, è certo che nella specie si ha accettazione volontaria da parte del creditore nel senso voluto dalla legge. La riserva fatta o non fatta dal creditore di agire contro il garante per il caso in cui egli soffrisse l'evizione, non influisce sulla liberazione del fideiussore, la quale avendo luogo per virtù di legge, nel concorso delle volute condizioni, è indipendente dall'accordo intervenuto tra il creditore e il debitore. Inoltre l'accettazione da parte del creditore toglie al garante la possibilità di essere rilevato a termini dell'art. 1919 Cod. civ. it. (Cod. franc., art. 2032), quando il debito sia divenuto esigibile, perocchè il debitore potrebbe opporgli il pagamento eseguito mediante *datio in solutum* (2).

(1) Laurent, n. 282. Conf. Duranton, n. 383; Ponsot, n. 337; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1151, p. 553.

(2) Troplong, n. 583; Pont, II, n. 404; Ricci, n. 378; Guillouard, n. 255, p. 287-288; Galdi, n. 240, p. 273-275.

Digitized by Google

Respingiamo poi l'opinione per la quale se non una semplice riserva, ma una formale stipulazione siasi fatta col debitore, in virtù della quale il pagamento si debba reputare condizionale e durante la condizione i fideiussori non debbano esser privati di nessun diritto contro il debitore, i garanti, verificandosi la evizione non potrebbero considerarsi liberati a termini del citato art. 1929 (1). S'oppone a questa dottrina la considerazione che alla regola scritta nella citata disposizione il creditore e il debitore possono bensì derogare, ma limitatamente ai loro rapporti personali; non già nei rapporti col fideiussore, cui la deroga rimane estranea se non fu da lui consentita.

805. — Poichè la legge dichiara in termini generali che il fideiussore resta liberato *ancorchè il creditore soffra in seguito l'evizione* (art. 1929, cit.), la liberazione ha luogo qualunque sia la causa dell'evizione e per ciò anche se *la datio in solutum* è annullata perchè fatta da un incapace (2).

Si disputa se si possa ammettere un'eccezione al citato art. 1929 (Cod. franc., art. 2038) per il caso in cui l'evizione provenga dal fatto del garante, il quale essendo proprietario della cosa data in pagamento, l'abbia in seguito rivendicata. A questo riguardo si è giustamente osservato che, se il fideiussore ha ignorato la *datio in solutium* fatta colla sua propria cosa, il creditore che ha ricevuto il pagamento potrà rimproverargli con ragione la sua negligenza, di cui perciò il garante deve subire le conseguenze. Se invece il fideiussore ha conosciuto la detta circostanza, il creditore potrà a più forte ragione rimproverargli il suo silenzio. Per la qual cosa l'evizione subìta dal creditore deve far rinascere l'obbligo del fideiussore (3).

La disposizione ora illustrata si deve applicare anche alla fideiussione solidale, sia perchè ivi non si fa distinzione fra la fideiussione semplice e la solidale, sia perchè il fideius-

(1) In questo senso, che respingiamo, vedi Mirabelli, n. 37, p. 451.

(2) Orléans, 30 août 1850 (*Sirey*, 1851, II, 44). — Guillouard, n. 256, p. 288; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1150, p. 552.

(3) Tribunal de Castel-Sarrazin, 22 juin 1850 (*Sirey*, 1850, II, 417). — Devilleneuve, in nota alla citata sentenza; Guillouard, n. 256, p. 288. Contro: Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1150, p. 552.

Digitized by Google

sore, benchè solidale, è pur sempre un debitore accessorio e sussidiario (1).

806. — Qualora il creditore non abbia ricevuto una *datio in solutum*, ma sia stato normalmente pagato, e qualora questo pagamento venga annullato, il fideiussore non è liberato a termini del citato art. 1929 del Codice italiano (Cod. franc., art. 2038). Perocchè ivi si accorda la liberazione al fideiussore, nonostante l'evizione sofferta dal creditore, se questi ha accettato « un immobile o altra cosa in pagamento », mentre, nel caso in discorso, il creditore non ha acconsentito ad una *datio in solutum*, ma ha ricevuto un pagamento regolare che non induce nessuna sostituzione nell'oggetto. Epperò, annullato il pagamento e ritornate le cose allo stato primitivo, il creditore ha diritto di agire contro il garante come se non avesse mai avuto luogo il pagamento. S'aggiunga che la riferita disposizione rappresenta una deroga al diritto comune e quindi non v'è ragione di estenderla a un caso che non è neppure analogo (2).

807. — 4° *Proroga del termine*. — La semplice proroga del termine accordato dal creditore al debitore principale libera il fideiussore?

L'antico diritto francese risolveva la questione negativamente, perchè tale proroga non toglieva al fideiussore il mezzo di mantenersi indenne e di agire contro il debitore se questi *bona dilapidare coeperit* (L. 10, Cod. *mand.*) (3). Nella discussione del Codice francese si accolse il concetto di Pothier (4), e ne uscì l'art. 2039 Cod. francese (art. 1930 Cod. italiano) in forza del quale la semplice proroga del termine accordato dal creditore al debitore non libera il fide-

(1) Cassation, 10 mai 1858 (*Sirey*, 1859, I, 161). — Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 6; Pont, II, n. 401; Laurent, n. 280; Fournier, in *Revue critique*, 1887, n. 40, p. 54; Guillouard, n. 257, p. 289; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1152, p. 553.

(2) Confr.: Laurent, n. 282; Guillouard, n. 258, p. 289-290 — Douai, 7 juillet 1875 (*Sirey*, 1877, II, 257); Cassation, 23 octobre 1888 (*Sirey*, 1889, I, 409).

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 406.

(4) Chabot, *Rapport au Tribunat* (Fenet, XV, p. 59); Lahary, *Discours au Corps Législatif* (Fenet, XV, p. 88).

Digitized by Google

iussore, il quale tuttavia può in tal caso agire contro il debitore per costringerlo al pagamento. Conformi i Codici abrogati: delle Due Sicilie, art. 1911; parmense, art. 2068; sardo, art. 2077; estense, art. 2057; e i Codici vigenti: neerlandese, art. 1887 (1); della Luigiana, art. 3032; di Haiti, articolo 1805.

Invece per altre legislazioni moderne la proroga accordata al debitore dal creditore senza il consenso del fideiussore, estingue la fideiussione: Codici portoghese, art. 852; spagnuolo, art. 1851; diritto russo, art. 1558 (2); Codici dell'Uruguay, art. 1503; del Guatemala, art. 2246; argentino, art. 2046.

808. — La disposizione del Codice francese fu giustificata con l'osservazione che con la riserva fatta al fideiussore di agire contro il debitore si dà soddisfazione all'equità pur mantenendo il diritto del creditore (3).

Ma v'è pure chi censura tale massima, perchè con tale sistema il fideiussore, se alla scadenza del debito il creditore accorda al debitore una proroga, non può sapere per mezzo dell'escussione preventiva dei beni del debitore se e in qual misura egli dovrà pagare il debito altrui. Il fideiussore può bensì escutere il debitore, ma deve escuterlo egli stesso, mentre nel sistema del beneficio di escussione il fideiussore non ha tale obbligo, salvo il dovere di indicare i beni da escutersi e di anticipare le spese occorrenti. La situazione del fideiussore è dunque aggravata dalla concessione della proroga fatta dal creditore, e la disposizione in discorso è contraria al principio per cui gli obblighi del fideiussore sono determinati dall'atto in cui egli si è obbligato e non dovrebbero poter essere modificati senza il suo concorso (4).

809. — La legislazione italiana è meno esposta della francese a queste critiche, perocchè essa fa una distinzione.

(1) Questo Codice dichiara che nel caso della detta proroga il fideiussore può agire contro il debitore per costringerlo al pagamento o perchè gli procuri la liberazione dalla garanzia.

(2) Lehr, *Droit civil russe*, II, n. 1369.

(3) Troplong, n. 576; Pont, II, n. 402; Laurent, n. 278.

(4) Guillouard, n. 250, p. 282-283. Vedi anche Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1191, p. 572-573.

Digitized by Google

O il fideiussore ha limitato la sua garanzia allo stesso termine che fu accordato al debitore principale, ed allora per l'art. 1931 del Codice italiano, egli rimane bensì obbligato anche al di là di quel termine e per tutto il tempo necessario per costringere il debitore al pagamento; ma ciò a condizione che il creditore dentro due mesi dalla scadenza del termine abbia proposto le sue istanze e le abbia con diligenza continuate (1). Disposizione presa dal Codice sardo, art. 2078, da cui passò anche nel Codice estense, art. 2058. Oppure il fideiussore non ha espressamente pattuita tale limitazione della durata della sua garanzia, ed allora per il riferito art. 1930 del Codice italiano che è applicabile, sia alla fideiussione solidaria come alla semplice (2), la proroga del termine accordato dal creditore al debitore, non libera il fideiussore (3), il quale tuttavia può, come si è detto, agire contro il debitore per costringerlo al pagamento.

810. — La proroga del termine non costituisce novazione, e la facoltà accordata al garante di agire contro il debitore è destinata a tutelarlo contro il pericolo di un' insolvenza, che nel frattempo potrebbe sopravvenire al debitore. Laddove sarebbe ingiusto l'accordare al creditore la facoltà di prolungare con una proroga la durata della guarentigia anche quando il fideiussore ha limitato la durata della propria obbligazione allo stesso termine che fu accordato al debitore. Se non che il legislatore ha inoltre considerato che il creditore non può ottenere facilmente il pagamento appena sia scaduto il termine fissato, e che d'altro lato, prima di tale scadenza, egli non può esigerne l'adempimento. Per la qual cosa il valore della garanzia potrebbe essere irrisorio, se il fideiussore, che ha espressamente limitato la durata della propria obbligazione fosse liberato appena scaduto il termine del pagamento. Per tale motivo la legge assegna al creditore il detto termine di due mesi per agire (art. 1931, cit.).

(1) Per una fattispecie relativa alla durata della fideiussione per il pagamento degli interessi di un mutuo, vedi: Trib. Bologna, 24 luglio 1899 (*Mon. giur. Bol.*, 1899, 350).

(2) Cassation, 13 novembre 1877 (*Sirey*, 1878, I, 415).

(3) Cass. Napoli, 28 aprile 1896 (*Dritto e Giur.*, XII, 29).

Digitized by Google

Con questa massima il Codice italiano ha risolta una difficoltà cui non aveva provveduto il Codice francese.

E qui notiamo che il Codice federale svizzero delle obbligazioni e il Codice germanico contengono disposizioni parzialmente analoghe.

Per il primo (art. 502): « Se la fideiussione fu stipulata soltanto per un determinato tempo, cessa l'obbligo del fideiussore ove entro quattro settimane dallo spirare del termine il creditore non proponga giudizialmente la sua azione e non prosegua gli atti senza notevole interruzione ». E per l'articolo 503 dello stesso Codice: « Se la fideiussione fu stipulata per un tempo indeterminato, il fideiussore, scaduto il debito principale, può pretendere che il creditore entro quattro settimane promuova l'azione e la continui senza interruzione.

« Ove si tratti di un credito, la cui scadenza possa essere determinata dalla disdetta del creditore, il fideiussore, un anno dopo prestata la fideiussione, può pretendere che il creditore dia la disdetta e, giunta la scadenza, promuova, come sopra, l'azione ».

« Se il creditore non acconsente a tale richiesta, il fideiussore rimane liberato ».

Per il § 777 del Cod. germanico: « Se il fideiussore ha garantito, per un tempo determinato, una obbligazione esistente, egli è, dopo decorso il tempo, liberato dalla fideiussione se il creditore non cura immediatamente la riscossione a tenore del § 772, se non prosegue la procedura senza notevole ritardo e se, immediatamente dopo condotta a fine la procedura, non avvisa il fideiussore di voler far valere contro di lui il suo diritto. Se al fideiussore non spetta il beneficio di escussione egli è liberato dopo la decorrenza del tempo determinato se il fideiussore non gli dà tosto questo avviso ».

« Se l'avviso è dato tempestivamente, la responsabilità del fideiussore si limita, nel caso dell'al. 1 per. 1, all'estensione che l'obbligazione principale ha al momento in cui ha fine la procedura, nel caso dell'al. 1 per. 2, all'estensione che l'obbligazione principale ha allo spirare del tempo stabilito » (1).

(1) Trad. it. di L. Eusebio, Torino, 1897.

Digitized by Google

Il Codice del Montenegro, art. 462 contemplando il caso in cui il debito sia scaduto e il creditore non faccia le pratiche necessarie per ottenere il pagamento, dispone che in tal caso il fideiussore semplice può, subito dopo questa scadenza « lui impartir par voie judiciaire un délai pendent lequel il ait à exercer des poursuites judiciaires contre son débiteur en vue du payement.

« Si le créancier a négligé d'agir dans le délai imparti, ou si, ayant intentè son action en justice, il s'en est désisté ou ne l'a pas suivie, la caution cesse d'être responsable, à moins qu'elle n'ait elle-même la cause de quelque obstacle survenu pendant le recouvrement » (1). Nel caso poi in cui il creditore è libero di domandare quando vuole il pagamento del debito, l'art. 463 del citato Codice dispone che il fideiussore può, trascorso un anno a partire dall'assunzione della garanzia, esigere che il creditore faccia le diligenze necessarie per ottenere il pagamento.

811. — La limitazione della durata della guarentigia allo stesso termine che fu accordato al debitore principale a norma del citato art. 1931 Cod. it., deve però risultare in modo espresso dal contratto; perocchè sarebbe antigiuridico il presumere una limitazione che non è necessariamente insita nell'obbligazione fideiussoria, mentre il creditore ha fatto assegnamento sulla guarentigia nel contrattare col debitore (2).

812. — Il principio per cui se il fideiussore non ha espressamente limitato la durata della garanzia al termine accordato al debitore, non è liberato per la semplice proroga del termine concessa dal creditore al debitore stesso (Codice civ. it., art. 1930 cit.; Cod. franc., art. 2039 cit.) è suscettivo di eccezione se la proroga del termine è accompagnata

(1) Trad. franc. citata.

(2) Conf. Cass. Torino, 26 giugno 1894 (*Giur. Ital.*, 1894, 738); Corte app. Perugia, 1 aprile 1880 (*Legge*, XX, I, 375); Corte app. Casale, 30 dicembre 1886 (*Giur. Cas.*, 1887, 18); Corte app. Trani, 21 aprile 1900 (*Foro ital., Rép.*, v. *Fideiussione*, 15). Confr. Cass. Napoli, 28 aprile 1896 (*Dritto e Giur.*, XII, 29).

Sulla questione se il beneficio del termine accordato al debitore possa essere invocato dal suo fideiussore solidale, vedi TRITONI, in *Antologia giurid.*, IX, 3.

Digitized by Google

da circostanze che producono una novazione del primitivo debito, perocchè, in tal caso, se l'obbligazione principale s'estingue per novazione, cessa anche il rapporto fideiussorio.

Ciò posto, la rinnovazione del titolo, ad es., della cambiale, sottoscritto all'epoca della formazione del debito garantito, costituisce una novazione oppure è una semplice proroga del termine?

Per sostenere che la rinnovazione d'una cambiale non è un fatto da cui possa nascere la liberazione del fideiussore, una dottrina osserva che tale rinnovazione, specialmente se il titolo primitivo continua a rimanere nelle mani del creditore, non ha altro effetto che quello di cambiare il termine della scadenza; sicchè costituisce non una novazione, ma una semplice proroga (1).

Ma un'altra dottrina obbietta che la rinnovazione di una cambiale produce novazione perchè alla primitiva obbligazione se ne sostituisce una nuova con la nuova cambiale, cioè con la cambiale rinnovata. La causa della obbligazione rimane ancora la stessa, ma poichè nelle cambiali la obbligazione si sostanzia nel titolo, così mutata la forma per effetto della rinnovazione, si muta l'obbligazione. La rinnovazione della cambiale non importa soltanto una proroga della scadenza: si tratta di una nuova cambiale che si sostituisce alla primitiva in tutta la sua efficacia giuridica; epperò non potendo sussistere due cambiali per una medesima obbligazione, la nuova cambiale prende il posto della prima che necessariamente cessa di esistere. Per la qual cosa non è applicabile l'art. 1930 Cod. civ., anche perchè l'avallo è qualche cosa di molto diverso dalla fideiussione. Ne segue che se l'avallante non si obbliga anche nella cambiale rinnovata, la sua obbligazione cessa perocchè non è possibile immaginare un'obbligazione senza la volontà di obbligarsi,

(1) Cass. Torino, 3 giugno 1896 (*Legge*, 1896, II, 155); 27-28 marzo 1895 (*Legge*, 1895, 768); Corte app. Casale, 30 dicembre 1886 (*Legge*, 1887, II, 164). Vedi inoltre: Cassation, 16 juin 1846 (*Sirey*, 1846, I, 440) — Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 22; Laurent, n. 277; Guillouard, n. 251, p. 284; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1144, p. 550.

Digitized by Google

nè una obbligazione cambiaria che non risulti da cambiale o primitiva o rinnovata (1).

Comunque, è indiscutibile che se il nuovo titolo è sottoscritto da un debitore o girante diversi dall'originario, la fideiussione si estingue perchè si ha indubbiamente, in questo caso, una novazione del debito (2).

812bis. — Se poi il creditore non si limita ad accordare una proroga al debitore, ma rinuncia inoltre ad una garanzia del suo credito come un privilegio o un diritto di ritenzione, il fideiussore non rimane obbligato in forza dell'art. 1930 Cod. it. (Cod. franc., art. 2039), ma è invece liberato in virtù dell'art. 1928 Cod. it. (Cod. franc., art. 2037), a termine del quale il fideiussore è liberato quando per fatto del creditore, non può aver effetto a favore del garante la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore (3).

813. — Sempre nel caso in cui il garante non abbia espressamente pattuita la detta limitazione alla durata della sua guarentigia, può avvenire che, posteriormente alla concessione della proroga fatta *senza dolo* dal creditore, il debitore diventi insolvibile. Allora il fideiussore che non si valse nè del diritto di agire contro il debitore spettantegli in forza del riferito art. 1930 Cod. it., nè dell'azione di rilevazione concessagli dall'art. 1919, nn. 2 e 4, non può invocare la propria liberazione sul fondamento dell'insolvenza sopraggiunta nel garantito. Perocchè la disposizione in discorso concede al fideiussore la facoltà di agire contro il debitore per costringerlo al pagamento; e se il garante non si vale di tale facoltà alla scadenza del termine, e in appresso il debitore diventa insolvente, egli non può rimproverare al creditore l'inazione, che, dopo tutto, equivale a una tacita proroga del termine

(1) Vidari, nota nella *Legge*, 1895, 768, citato dal Galdi, p. 258-260 che si associa alle considerazioni del citato autore. — Corte app. Genova, 28 giugno 1895 (*Legge*, 1895, II, 119). Vedi anche: Caen, 24 mai 1842 (*Sirey*, 1842, II, 488).

(2) Limoges, 21 janvier 1889 (*Dalloz*, 1890, II, 11) — Guillouard, n. 251, p. 284; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1144, p. 550.

(3) Vedi *ultra*, n. 836 e seg. Conf. Cass., 18 décembre 1844 (*Sirey*, 1845, I, 108); 8 août 1872 (*Dalloz*, 1873, I, 240) — Guillouard, n. 251, p. 284.

Digitized by Google

prima fissato, mentre deve imputare anche a sè stesso le conseguenze della propria negligenza. S'aggiunga che allorquando il legislatore ha voluto addossare al creditore la responsabilità della sopraggiunta insolvenza del debitore lo ha dichiarato espressamente; vedemmo infatti che per l'art. 1910 Cod. it., quando il fideiussore che invoca l'escussione preventiva ha indicato al creditore i beni a termini dell'art. 1909 ed ha somministrato le spese occorrenti per l'escussione, il creditore è responsabile verso il garante sino alla concorrenza dei beni indicati, a cagione della non solvenza del debitore sopraggiunta per essersi da lui differito il procedimento giudiziale. Le ragioni speciali che indussero il legislatore a dichiarare responsabile il creditore nella detta ipotesi mancano invece nel caso in discorso (1).

814. Se il creditore accorda la proroga al debitore, ha l'obbligo di avvertirne il fideiussore? Si potrebbe osservare per l'affermativa che la legge (art. 1930 Cod. it.) accorda al garante la facoltà di agire contro il debitore per costringerlo al pagamento, e che per valersi di tale facoltà egli ha bisogno di essere avvertito dell'avvenuta proroga. Riteniamo nondimeno la contraria opinione, poichè l'obbligo di avvertire il fideiussore sotto pena di perdere i diritti verso il medesimo non sta scritto nella legge e non si può presumere; mentre nel sistema della legge vigente incombe al fideiussore l'obbligo di agire se vuole cautelarsi contro il debitore o prima della scadenza del debito, o a tale scadenza, oppure dopo, ove abbia motivi di dubitare della solvenza del debitore stesso (2).

815. — Poichè, a termini del citato art. 1930 Cod. it. (Cod. franc., art. 2039), la proroga del termine concessa dal creditore al debitore non impedisce al garante di agire contro il debitore per costringerlo al pagamento, il mallevadore ha

(1) Cass. Firenze, 18 dicembre 1879 (*Racc.*, XXXII, I, 551; Cass. Torino, 7 settembre 1882 (*Legge*, 1883, I, 336). Confr.: Cassation, 22 janvier 1849 (*Sirey*, 1849, I, 182); Id., 8 mai 1861 (*Sirey*, 1861, I, 582) — Troplong, n. 568; Mourlon, *De la Subrogation*, p. 525; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXV, n. 650; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 24; Pont, II, n. 382; Guillouard, n. 251, p. 284; Mirabelli, *op. cit.*, n. 47, p. 458 — Corte app. Firenze, 17 gennaio 1899 (*Annali*, 1899, 141).

(2) Cass. Napoli, 4 giugno 1881 (*Racc.*, XXXIII, I, 1, 502).

Digitized by Google

evidentemente il diritto di pagare subito alla scadenza e di farsi surrogare nei suoi diritti (1).

Ciò posto, riteniamo che il mallevadore non possa tuttavia, *come surrogato nei diritti del creditore*, agire immediatamente contro il debitore, nonostante la proroga a quest'ultimo accordata dal creditore. È bensì vero che la legge per impedire che la proroga danneggi il garante, concede a questo il diritto di agire contro il debitore; ma qui si arresta la protezione della legge, perchè « nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat »; epperò il creditore che, per l'accordata proroga, non può esercitare, sino alla nuova scadenza, i suoi diritti verso il debitore, non può trasmettere il diritto di agire prima di quell'epoca al garante che sottentra nelle sue ragioni.

Ma se il mallevadore non può agire *in forza del subingresso*, può invece agire contro il debitore, *jure proprio*, in forza della disposizione che gli permette di procedere contro il garantito per costringerlo a pagare (Cod. it., art. 1930 cit.; franc., art. 2038 cit.). Il subingresso produrrà i suoi effetti soltanto alla scadenza del nuovo termine (2).

816. — 5° *Condono del debito.* — La fideiussione si estingue per causa indiretta anche per effetto del condono o rimessione del debito accordata dal creditore al debitore principale. Questa liberazione convenzionale accordata all'obbligato principale libera il fideiussore, a termini dell'art. 1282 Cod. it. (Cod. franc., art. 1287). Perocchè, in primo luogo, estinta la obbligazione principale vien meno la ragione d'essere della obbligazione accessoria e sussidiaria; in secondo luogo se il fideiussore non fosse liberato il beneficio del condono sarebbe illusorio, in quanto il debitore sarebbe esposto alla azione di regresso per il capitale e gli interessi che il fideiussore, dopo aver pagato, potrebbe esercitare contro lui in base all'art. 1915 Cod. civ. (3).

(1) Caen, 24 janvier 1888 (*Dalloz*, 1888, II, 127) — Guillouard, n. 252, pag. 285.

(2) Guillouard, n. 252, p. 285-286, il quale osserva: « ... système hibryde, nous le reconnaissons, mais dont les défauts s'expliquent par le caractère peu juridique, à notre avis, de la disposition de l'art. 2039 ».

(3) Per le modalità del condono ci riferiamo a quanto scrivemmo nel capo 1° di questo titolo relativamente al condono stesso considerato come

Digitized by Google

La rimessione del debito, fatta dal creditore a vantaggio del debitore, se definitiva e assoluta, estingue la fideiussione, sia semplice che solidale, perocchè la fideiussione anche solidale è pur sempre un'obbligazione accessoria e sussidiaria, che non può sussistere senza il fondamento di una obbligazione principale.

Ma se il condono fatto dal creditore al debitore non fu definitivo e assoluto, ma accompagnato dalla riserva delle ragioni creditorie verso il fideiussore, per la rimanenza, questi, se non viene da tal fatto pregiudicato nè nel regresso verso il debitore, nè nel subingresso, non può pretendersi liberato (1).

817. — Va poi ricordato che all'art. 1282 Cod. civ. it. deroga il Codice di commercio italiano, art. 792 (Cod. comm. franc., art. 445), con la regola per cui i creditori conservano la loro azione per l'intero loro credito contro i coobbligati o i fideiussori del fallito ancorchè questi abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito. E ciò per le ragioni già esposte (2), alle quali ci riferiamo. Per la qual cosa il garante, nonostante il condono avvenuto in forza del concordato, deve pagare quanto il creditore non abbia potuto ottenere dal debitore fallito.

Un autore sostiene che bisogna distinguere il concordato amichevole da quello che la legge riconosce come causa che pone termine al fallimento, rispetto a tutti i creditori. Il concordato amichevole importerebbe condono non solo a vantaggio del debitore, ma altresì dei fideiussori, anche se il creditore si fosse riservato ogni diritto contro i garanti. E ciò perchè l'accessorio segue il principale ed è contradditorio che il creditore rinunci a parte del credito verso il debitore e conservi intera l'azione contro il garante: questi pagando avrebbe azione di regresso contro il debitore principale e così si rimetterebbe da un lato e si riterrebbe dall'altro (3).

causa di estinzione *diretta* della fideiussione. Ricordiamo poi a questo riguardo che mentre il condono accordato al debitore libera i fideiussori, quello accordato al fideiussore non libera il debitore principale (Cod. civ. it., art. 1282 cit.).

(1) Corte app. Bologna, 23 luglio 1897 (*Mon. giur. Bol.*, 1897, 261).

(2) Vedi *retro*, n. 665. Vedi anche: Guillouard, n. 227, p. 256; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1155, p. 554.

(3) Così scrive il Mirabelli, *op. cit.*, n. 39, p. 452.

Digitized by Google

Noi crediamo invece che non si possa distinguere, nella soggetta materia, il concordato amichevole dal giudiziale, perocchè questa distinzione non è contemplata dalla legge, la quale parla in generale dei creditori del fallito, il quale ha « ottenuto *un concordato* ». D'altra parte la contraddizione che s'afferma essere contenuta nel principio per cui i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i fideiussori anche nel caso di concordato amichevole, si potrebbe addurre anche per il caso del concordato giudiziale; sicchè, supposto che l'obbiezione sia esatta, essa colpisce il legislatore, ma non ha valore per l'interprete.

818. — 6° *Compensazione*. — Relativamente alla compensazione considerata come causa di estinzione indiretta del rapporto accessorio, va ricordato che, a termini dell'art. 1290 Codice italiano (Cod. francese, art. 1294), il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale (1). Perocchè, estinto il debito garantito, è tolto il fondamento della guarentigia; e la compensazione estingue appunto il debito principale, nel concorso delle volute condizioni.

Non va poi dimenticato che il debitore principale non può invece opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore; e ciò per le ragioni già esposte (2).

819. — Anche il fideiussore solidale può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore. Tale principio fu negato in Francia da alcuni scrittori, i quali affermarono che dovendosi, per legge, regolare la fideiussione solidale con gli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido (Codice franc., art. 2021; ital., art. 1907), il fideiussore deve essere considerato come un debitore solidale. Per la qual cosa il fideiussore solidale non può opporre la compensazione di quanto il creditore deve al suo debitore (Cod. francese, articolo 1294).

Questa dottrina è erronea, perocchè, come più volte dimostrammo, il fideiussore, quantunque solidale, è pur sempre fideiussore, ossia debitore accessorio e sussidiario (3); sicchè

(1) Conforme Cod. giapponese, art. 457 capov.
(2) Vedi *retro*, n. 773.
(3) Vedi *retro*, n. 250-251.

Digitized by Google

egli può in tale qualità opporre la detta compensazione. Per l'Italia poi l'accennata questione non è neppur possibile, anche per chi voglia ricorrere ai principii della solidarietà; perocchè il legislatore italiano ha modificato il capoverso del citato art. 1294 del Cod. francese nel senso che il debitore in solido può invocare la compensazione di quanto il creditore deve al condebitore « sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore » (Cod. it., art. 1290, § 2). D'altra parte il mallevadore può per legge (Cod. it., art. 1927; franc., art. 2036) opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore e che sono inerenti al debito; e tra queste eccezioni è compresa la compensazione che estingue il debito. S'aggiunga che quando in Italia si discusse nella Commissione legislativa il testo dell'art. 1927 Cod. it., taluno propose di aggiungere alla parola *fideiussore* le altre *anche solidale*, affinchè fosse certo che la disposizione doveva essere applicata anche al fideiussore in solido; ma la proposta fu respinta, perchè si osservò che non si era mai dubitato di tale principio e l'aggiunta sarebbe stata superflua (1).

820 — 7° *Confusione.* — Riguardo alla confusione, se il creditore diventa erede del debitore principale, o se questi diventa erede di quello, il fideiussore è liberato (Cod. it., articolo 1297, § 1; franc., art. 1301, § 1); perocchè l'estinzione diretta del debito garantito, togliendo il fondamento della guarentigia, ne produce l'estinzione indiretta (2).

821. — Nella fideiussione *donandi animo*, la riunione della qualità di creditore e debitore nella stessa persona libera il fideiussore?

Secondo taluno (3), è certa la negativa, perchè la ragione della liberazione del fideiussore per effetto della confusione è la impossibilità di accordare il regresso, che distruggerebbe indirettamente l'effetto della stessa confusione; ma il fide-

(1) Corsi, *op. cit.*, p. 494-496.

(2) L'estinzione della fideiussione che si verifica quando il fideiussore succede al debitore o questi a quello; oppure quando il fideiussore succede al creditore o questi a quello, costituisce un modo di estinzione *diretta* di cui ci siamo occupati ai n. 774 e seg.

(3) Demolombe, *Cours de Code Napoléon; Traité des contrats et des obligations*, vol. V, 725.

Digitized by Google

iussore *animo donandi* non ha da esercitare alcun regresso; quindi non resta liberato dalla confusione che profittò al debitore principale.

Noi crediamo invece col GIORGI (1) sulle traccie del LABBÉ (2), che nel caso in questione non si deve aver riguardo alla ragione astratta per la quale si estinguono le garanzie personali, ma si deve invece indagare la volontà delle parti contraenti. Se il fideiussore ha voluto soltanto garantire il creditore contro il pericolo dell'insolvenza, egli è liberato dall'avvenuta confusione, poichè l'insolvenza non si verifica allorquando il creditore diventa erede del debitore. Solamente, come bene osserva il citato GIORGI (3), se l'eredità non sia solvente, il fideiussore può restare obbligato fino alla concorrenza della parte rimasta insoluta. Se invece il fideiussore ha inteso di gratificare il debitore della somma rappresentata dal debito, non è liberato dalla detta confusione, perocchè la gratificazione non ebbe luogo e la donazione può ancor farsi.

822. — 8° *Perdita della cosa dovuta.* — Per ciò che concerne la estinzione indiretta della garanzia per la perdita della cosa dovuta dal debitore, vale il principio per cui, se la cosa è perita per colpa o nella mora del debitore principale, il fideiussore è tenuto alla indennità verso il creditore *quia in totam causam spopondit* (L. 58, § 1, D. *h. t.*). Ma quando la cosa determinata che costituiva l'oggetto dell'obbligazione principale perisca o sia posta fuori di commercio o si smarrisca in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, e la cosa sia perita o posta fuori di commercio, o sia smarrita, senza colpa del debitore e prima che questi fosse in mora, il debito principale si estingue (Codice italiano, art. 1298), per mancanza di oggetto, per modo che vien meno anche il rapporto accessorio.

Ma ancorchè il debitore sia in mora, se non ha assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, il debito principale si estingue e con esso vien meno per ciò anche la garanzia, se sia provato che la cosa sarebbe egualmente perita presso

(1) GIORGI, *op. cit.*, n. 107, p. 166.
(2) In GIORGI, *loc. cit.*
(3) *Loc. cit*

Digitized by Google

il creditore ove gli fosse stata consegnata (Codice it., articolo 1298, § 2). Perocchè non devono ricadere nè sul debitore nè sul fideiussore le conseguenze di un fatto non imputabile alla loro volontà.

823 — 9° *Condizione risolutiva.* — Per la ragione più volte accennata, ossia per mancanza di fondamento si estingue il rapporto accessorio pereffetto della condizione risolutiva allorquando in virtù di questa vien meno il rapporto principale. L'obbligazione sottoposta a condizione risolutiva può tuttavia nascere immediatamente, essendo che la detta condizione obbliga soltanto il creditore a restituire quanto ha ricevuto, quando si verifichi il caso preveduto nella condizione stessa; ossia la condizione risolutiva non sospende l'esecuzione della obbligazione (Cod. it., art. 1164). Ne segue che la detta condizione non impedisce nè al debito principale, nè alla garanzia di sorgere nel momento stesso in cui il contratto è stipulato.

824. — 10° *Prescrizione.* — Altra causa di estinzione indiretta della garanzia è la prescrizione che estingue il debito principale, e che il garante può invocare anche perchè la prescrizione è un'eccezione inerente al debito (arg. articolo 1927 Cod. it.), mentre la prescrizione della garanzia non estingue il debito principale (1).

Supposto che il debito garantito non abbia potuto estinguersi in forza di prescrizione, a causa di interruzione o sospensione di tale prescrizione, la garanzia personale non si estingue neppur essa (Cod. civ. it., art. 2132), poichè ne permane il fondamento (2).

825. — 11° *Cosa giudicata.* — La cosa giudicata fra il creditore e il debitore giova e nuoce al fideiussore a seconda che contenga la liberazione o la condanna del debitore?

La disputa su tale argomento era già vivace nel diritto antico (3). Bartolo (4) distingueva il caso di colui che ha

(1) Pugliese, *Trattato della prescrizione estintiva*, n. 158, p. 257, Torino, 1892.

(2) Mirabelli, *op. cit.*, n. 42, p. 454. -- Conf. Cod. giapponese, art. 457. La questione se la interruzione operata rispetto al fideiussore, sia operativa anche contro il debitore, fu discussa al n. 785.

(3) Consulta Marsili, n. 347.

(4) Bartolo, sulla legge 1, D. *jud. sol.*, nn. 1 e 2.

Digitized by Google

garantito un contratto, dal caso di chi ha mallevato gli effetti d'una sentenza. Il garante d'una convenzione non può, a suo avviso, essere molestato dalla cosa giudicata interceduta tra il creditore e il debitore. Invece se taluno ha garantito le conseguenze d'una sentenza, il giudicato profferito contro il debitore è di pieno diritto esecutivo contro il garante.

Nel diritto odierno taluni opinano che la sentenza emessa a favore del debitore, decidendo che il debitore è liberato o che l'obbligazione è nulla, è un'eccezione di cui il garante può valersi, poichè tale giudicato si estende *non in personam sed in rem* e giova al garante senza ch'egli sia stato chiamato in lite. E la sentenza emessa contro il debitore è operativa contro il fideiussore, il quale ha un'obbligazione dipendente da quella del debitore. Questi è spesso più capace di lui per opporsi alla domanda, è meglio istruito dei mezzi e dei fatti, e si reputa che il fideiussore gli abbia dato un mandato per sostenere gli interessi comuni (L. 7, Cod. *de evict.*) (1).

Taluno crede invece che quanto si dispone nella cosa giudicata rispetto al debitore giova al fideiussore, come quello che si ordina rispetto al fideiussore può giovare, non nuocere al debitore. La cosa giudicata tra il creditore e il debitore non nuoce al fideiussore, perchè il debitore non è un rappresentante del fideiussore; onde non può pregiudicarlo (2).

Altri ancora pensa che la cosa giudicata fra il creditore e il debitore non può nuocere nè giovare al fideiussore, perchè il principio generale che domina la presente materia è questo, che si è rappresentati soltanto da colui al quale si succede o dal quale si ha causa, ed il fideiussore in nessun modo è avente causa dal debitore (3).

Alcuni di coloro che ammettono l'effetto della cosa giudicata tra creditore e debitore, anche rispetto al fideiussore, sostengono che tra il garante e il debitore v'è un rapporto di *rappresentazione imperfetta*.

(1) Troplong, nn. 510 e 512; Corsi, p. 580-582. Vedi pure Merlin, *Questioni di diritto*, v° *Cosa giudicata*, § 18, n. 5. — Confr. Lacoste, *De la chose jugée*, Paris, 1893, n. 566-567.

(2) Mirabelli, *op. cit.*, n. 43, p. 455-456.

(3) Laurent, XX, n. 109.

Digitized by Google

826. — Per la tesi che noi sosteniamo, non è affatto necessaria l'analisi delle varie concezioni che la dottrina tedesca, francese e italiana ha propugnato intorno alla rappresentazione (1). Soltanto avvertiamo che secondo la dottrina tedesca v'è *rappresentazione indiretta* o *imperfetta* quando il rappresentante ha concluso l'atto non nel nome del rappresentato, ma in proprio nome, come se, in realtà, agisse per proprio conto. In tal caso gli effetti nascono dapprima nel patrimonio del rappresentante che in appresso li trasmette al rappresentato (2).

In senso ben diverso la dottrina francese parla di *rappresentazione imperfetta*, poichè questo concetto sorse in Francia nella materia delle obbligazioni solidali, e precisamente sorse dal principio per cui si reputa che i creditori e i condebitori solidali si rappresentano scambievolmente per un mandato tacito. Sicchè in Francia la rappresentazione è imperfetta nel senso che può giovare, ma non nuocere ai rappresentati (3).

Senza entrare nel merito della concezione della rappresentanza imperfetta e senza discutere le più recenti teorie sul fondamento della rappresentanza in generale (4), perchè tale esame sarebbe inutile per la nostra tesi, noi riteniamo che: 1° se la sentenza interceduta tra il creditore e il debitore, dichiara assolto il debitore per cause inerenti all'obbligazione principale, la cosa giudicata può essere invocata dal fideiussore in forza del principio per cui egli può invocare le eccezioni spettanti al debitore e inerenti al debito (Codice italiano, art. 1927) (5); 2° se invece la cosa giudicata assolse

(1) Consulta su questo argomento Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Paris, 1898, nn. 12-18, p. 15-25, con gli autori ivi citati.

(2) Sulla distinzione fra la rappresentazione perfetta e l'imperfetta vedi: Windscheid, *Pand.*, § 73, nota 1; Arndts-Serafini, I, § 76, nota 4; Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, § 8, p. 78 e seg. Per la critica di tale distinzione: Dernburg, *Pandekten*, I, § 117. Per il concetto di *rappresentanza impropria*: Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, n. 6, p. 6.

(3) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2ª ediz., III, p. 389. Vedi Pilon, *op. cit.*, n. 18, p. 22 e seg.

(4) Consulta gli autori precedentemente citati.

(5) Vedi *ultra*.

Digitized by Google

il debitore per cause a lui puramente personali, il fideiussore non può valersi di tale sentenza, perchè a lui è vietato di avvantaggiarsi delle eccezioni « che sono puramente personali al debitore » (art. 1927 cit.); 3° se poi si tratta di una sentenza contraria al debitore ed emanata in un giudizio in cui il garante non intervenne, il creditore non può valersi del giudicato contro il fideiussore (1). Perocchè, come già dimostrammo a proposito della cosa giudicata considerata come causa di estinzione diretta della fideiussione, e indipendentemente dalla questione sull'esistenza dell'estremo relativo all'*identità delle parti*, fa difetto, in ogni modo, l'altra condizione indispensabile alla eccezione di cosa giudicata: l'*identità della causa*. Manca l'identità della causa perchè la lite tra il creditore e il debitore ebbe per fondamento l'*obbligazione principale*, mentre il creditore agisce contro il fideiussore sul fondamento e in forza del *contratto di garanzia*, ossia sul fondamento di un'obbligazione distinta da quella intorno a cui si agitò la lite tra il garantito e il creditore, in quanto i caratteri dell'accessorietà, della sussidiarietà e della connessità, non tolgono affatto la distinta entità e relativa autonomia della fideiussione (2).

827. — 12° *Transazione*. — Se tra il creditore e il debitore interviene una transazione, da cui il debito principale risulta o diminuito per la quantità o attenuato nelle condizioni, la transazione può essere invocata dal fideiussore in forza del detto principio per cui il garante può invocare le eccezioni spettanti al debitore e che sono inerenti al debito (art. 1927 cit.). Perocchè l'oggetto della transazione e il suo effetto riguardano non già direttamente la persona del debitore, ma concernono immediatamente il debito; per modo che l'eccezione di transazione non è puramente personale al debitore, ma inerente al debito. Altrimenti il debitore non godrebbe il vantaggio della transazione, a causa del regresso fideiussorio (3).

(1) Confr. Galdi, n. 216, p. 227.

(2) Vedi la *Parte Generale* ai nn. 73 e seg.

(3) L. 68 § 2 D. *de fidei*, 46,1 — Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, n. 220, p. 322-323, Torino, 1900, il quale avverte che la transazione libera insieme col debitore il fideiussore anche quando avvenga

Digitized by Google

828. — 13° *Giuramento.* — Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente il fideiussore, per espressa disposizione di legge (Cod. civ. it., art. 1373, § 3; franc., art. 1365), poichè cessando col giuramento la obbligazione garantita vien meno la ragione del vincolo fideiussorio.

Il rifiuto del debitore di prestare il giuramento e il giuramento prestato dal creditore cui fu deferito dal debitore, sul non pagamento del debito, possono essere invocati contro il fideiussore, poichè da tali fatti giuridici risulta sussistente il debito cui la garanzia accedette (1). E ciò a differenza del principio che vale quanto al giuramento prestato dal fideiussore sul fatto della fideiussione, o dal creditore sull'esistenza della fideiussione, per le ragioni precedentemente esposte (2).

Capo III.

ESTINZIONE INDIRETTA PER VIA DI ECCEZIONI REALI.

Sommario: 829. Opponibilità delle eccezioni inerenti al debito. — 830. Se il fideiussore possa obbligarsi a pagare senza opporre eccezioni o rinunciare a far valere una data eccezione. — 831. Distinzione tra le eccezioni in *personam* e le eccezioni *in rem*. — 832-833. Continuazione. — 834. Applicabilità della regola alla fideiussione solidaria. — 835. Facoltà di opporre le eccezioni *jure proprio*. — 836. Liberazione del fideiussore per mancata surrogazione nelle ragioni creditorie. — 837. Legislazione romana e legislazioni odierne. — 838. Fondamento dell'eccezione *cedendarum actionum*. — 839. Obbligo del possessore cambiario di conservare i diritti all'avallante.

dopo un giudizio di condanna di quest'ultimo, non potendo sopravvivere l'obbligazione accessoria all'estinzione della principale: l. 7 § 1 D. *de transact*, 2, 15.

Invece la transazione intervenuta tra il creditore e il fideiussore non giova al debitore, per le ragioni svolte al n. 690. Confronta: Bertolini, *op. loc. cit.*

(1) Confr.: Ponsot, n. 560; Troplong, n. 513; Galdi, n. 214, p. 220. Contro: Duranton, XIII, n. 607; Lessona, *Teoria delle prove*, II, n. 460, p. 372, Firenze, 1895.

(2) Vedi *retro*.

Digitized by Google

— 840. Rinuncia all'eccezione *cedendarum actionum*. — 841. Fatti positivi e fatti negativi. — 842. Insolvibilità del debitore. — 843. Obbligo di conservare le garanzie anche in fatto. — 844. Principii relativi alla colpa del creditore. — 845. Continuazione. — 846. Quali ragioni devono essere conservate. — 847. Garanzie acquistate dopo l'assunzione della fideiussione. — 848. A chi spetta la prova del danno. — 849. Continuazione. — 850. Deroga contrattuale alla regola relativa all'eccezione *cedendarum actionum*. — 851. *Quid juris* per la fideiussione solidaria. — 852. Se il condebitore solidale possa invocare l'art. 1928 Codice civile italiano. — 853. Se chi ha consentito una ipoteca sui proprii beni possa invocare il detto articolo - Terzo possessore.

829. — A) *Opponibilità delle eccezioni inerenti al debito.* — Già s'è veduto che l'obbligazione fideiussoria ha per oggetto un *idem* accessorio, nel senso che il fideiussore si vincola a soddisfare lo stesso debito del principale debitore (1). Da questa identità accessoria di oggetto discende la conseguenza che quegli stessi mezzi di difesa, inerenti al debito, dei quali può valersi il debitore principale, proteggono altresì il fideiussore che, di regola, assume la garanzia del debito nelle condizioni tutte che gli vanno unite al momento del contratto di fideiussione; fra le quali condizioni vanno annoverate le eccezioni reali opponibili alla richiesta di pagamento. Queste eccezioni sono parte sostanziale dell'obbligazione garantita, e sarebbe assurda l'idea di una garanzia per un debito spogliato dei mezzi di difesa che gli sono inerenti.

830. — Il diritto del fideiussore di opporre le eccezioni reali è essenziale alla fideiussione perchè, come si disse, nasce dalla identità dell'oggetto tra il rapporto principale e il rapporto accessorio. Di qui la conseguenza che il fideiussore non può, *in tale qualità*, obbligarsi a pagare senza opporre alcuna eccezione, poichè un patto di questa natura viola l'esposto principio che è essenziale alla fideiussione, e, d'altra parte, se fosse lecito, le parti potrebbero creare una fideiussione anche per una obbligazione nulla (2).

Nè sarebbe valido il patto con cui il fideiussore rinunciasse, in tale qualità, a far valere una eccezione determi-

(1) Vedi *retro*.
(2) Troplong, n. 93.

Digitized by Google

nata, oltre che per la prima delle esposte ragioni, per il principio che la fideiussione non può essere contratta sotto condizioni più onerose dell'obbligazione principale; e il patto in discorso farebbe precisamente obbligare il fideiussore a condizioni più gravi, in quanto lo priverebbe della facoltà di difendersi con tutte le eccezioni inerenti al debito principale. Perciò, la scienza che il fideiussore abbia della invalidità della obbligazione principale, nel momento in cui egli accetta il patto accennato, non toglie che questo sia contrario all'essenza della fideiussione e quindi illecito (1).

831. — A questo punto devesi avvertire che se, per gli esposti motivi, il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, e che sono *inerenti al debito*, non può, al contrario, opporre quelle che sono *puramente personali* al debitore (Cod. ital., art. 1927; Cod. franc., art. 2036), il quale soltanto può valersene o no a piacimento, appunto perchè si tratta di eccezioni inerenti non al debito, ma alla sua qualità personale di debitore.

Sorge così la distinzione tra le eccezioni *in personam*, ossia quelle fondate su qualche ragione personale al debitore principale, e le eccezioni *in rem* o *rei cohaerentes* perchè fondate sullo stesso debito « rei cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt » (L. 7, § 1, D. *de except.*); Cod. franc., art. cit.; ital., art. cit. (coi cessati Codici: delle Due Sicilie, art. 1908; parmense, art. 2065; sardo, art. 2073; estense, art. 2053); neerlandese, art. 1884; portoghese, articolo 854; spagnuolo, art. 1853; argentino, art. 2020 e 2021; (confr. Codice federale svizzero delle obbligazioni, art. 505).

832. — Prima di svolgere questi due principii conviene notare che le espressioni *eccezioni puramente personali al debitore* adoperate dai legislatori al citato articolo, non significano che gli autori della legge abbiano voluto stabilire una seconda distinzione tra *eccezioni personali* ed *eccezioni puramente personali*, siccome erroneamente ha opinato taluno (2). Il legislatore ha voluto dire che non si deve considerare come

(1) Troplong, n. 93.
(2) Marcadé, citato e confutato da Laurent, n. 296.

Digitized by Google

personale un'eccezione, soltanto perchè è in questione la persona del debitore, perocchè talvolta, pur essendo in causa la persona del debitore, si tratta in sostanza di un'eccezione reale. Ciò spiega l'aggiunta dell'avverbio *puramente*.

Così, ad esempio, i vizi del consenso dato dal debitore, ossia l'errore, il dolo e la violenza dànno luogo ad una eccezione *in rem*, quantunque sia in causa la persona del debitore. Tali vizi infatti sono inerenti al contratto stesso, perchè non può esistere un contratto senza il consenso di chi si obbliga, e non v'è consenso valido se è stato dato per errore o estorto con violenza o carpito con dolo. Tali eccezioni sono perciò opponibili dal fideiussore.

Invece l'eccezione d'incapacità del debitore principale per causa di minorità, è personale al debitore medesimo, ed il fideiussore non può valersene (1). La quale regola si ricava anche dal contenuto dell'art. 1899 del Codice italiano (Codice francese, art. 2012), dove il legislatore, dopo aver dichiarato che può prestarsi la fideiussione per una obbligazione che possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale, aggiunge, in via d'esempio, *siccome nel caso della minore età* (2).

È altresì personale al debitore e quindi non opponibile dal fideiussore l'eccezione d'incapacità del debitore per causa di interdizione, o di mancanza d'autorizzazione maritale, se si tratta di una donna maritata.

833. — Da quanto precede risulta pertanto che il significato della disposizione contenuta nel citato articolo (Cod. it., art. 1927; Cod. franc., art. 2036) è diverso da quello inerente all'art. 1193 (Cod. franc., art. 1208) (3). Infatti, nelle obbligazioni solidali i vizi del consenso di uno dei condebitori sono un'eccezione personale a lui, e non opponibile dagli

(1) Vedi la *Relazione* di Chabot, e: Pothier, n. 382; Troplong, n. 496; Laurent, n. 295; Guillouard, n. 161, p. 181-182, e n. 230, p. 259; Mirabelli, *op. cit.*, n. 7, p. 404.

(2) Vedi *retro*.

(3) Cod. ital., art. 1193: « Il debitore in solido può opporre tutte le eccezioni che gli sono personali e quelle pure che sono comuni a tutti gli altri condebitori. Non può opporre le eccezioni che sono personali soltanto ad alcuno degli altri condebitori ».

Digitized by Google

altri condebitori; laddove tale eccezione è opponibile dal fideiussore. E ciò perchè mentre le obbligazioni dei condebitori in solido sono vincoli principali, la obbligazione del fideiussore è accessoria.

834. — Del resto il principio dichiarato nell'articolo in esame è applicabile sia alla fideiussione solidaria come alla fideiussione semplice.

Più volte infatti abbiamo avuto occasione di avvertire che il fideiussore, benchè siasi obbligato in solido col debitore, non cessa mai di essere fideiussore, ossia obbligato in modo accessorio. E la disposizione che esaminiamo è precisamente fondata sull'accessorietà della fideiussione (1).

Ne segue che la facoltà di opporre mezzi di difesa è più estesa nel fideiussore solidale che nel debitore solidale. Infatti il principio per il quale ogni debitore solidale ha facoltà di dedurre contro il creditore i mezzi di difesa comuni, ma non quelli personali ai condebitori (art. 1193 Cod. civ. it.), non è applicabile al fideiussore solidale. E ciò perchè in materia di fideiussione solidaria le facoltà e i doveri devono determinarsi principalmente secondo le regole della fideiussione (2).

Ciò posto, mentre il debitore in solido può opporre soltanto le eccezioni comuni, il fideiussore, come dicemmo, può dedurre anche molte fra le eccezioni personali al debitore principale, tranne quelle che siano *puramente personali al debitore principale*. Così, mentre il fideiussore solidale può dedurre le eccezioni personali al debitore, quali la confusione, la compensazione, la rimessione e simili, il debitore in solido non può dedurle (3).

835. — La facoltà di opporre al creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore purchè inerenti al debito è un diritto che il fideiussore esercita *jure proprio* e non in nome del debitore: « Omnes exceptiones quae reo competunt, fideiussori quoque, etiam invito reo, competunt » (L. 19, D. *de*

(1) Conf.: Duranton, n. 332; Ponsot, n. 568; Troplong, n. 522; Pont, n. 416; Laurent, n. 297; Guillouard, n. 231, p. 259; Corte d'appello di Ancona, 13 maggio 1875 (*Racc.*, XXVII, 2, 748). — Contro: Corte di Colmar, 16 giugno 1821, citata da Troplong, *loc. cit.*

(2) Conf. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. I, n. 177.

(3) Conf. Giorgi, *op. cit.*, n. 178, p. 197.

Digitized by Google

except., 44, 1). Il tenore dell'art. 1927 Cod. it. cit. conduce allo stesso principio, perchè ivi è detto che *il fideiussore può opporre*, ecc. E d'altra parte l'art. 1899 Cod. it. (Cod. franc., art. 2012), dichiara che nessuna fideiussione puo sussistere senza un'obbligazione principale valida.

Di qui la conseguenza che il fideiussore può valersi delle eccezioni anzidette nonostante la contraria volontà del debitore, ossia nonostante la rinuncia espressa o tacita del medesimo a farle valere; e la conferma dell'obbligazione fatta dal debitore non impedisce che il fideiussore possa eccepirne la nullità (1). Perocchè il debitore non può con la rinuncia privare il fideiussore di un diritto che non è accordato a quest'ultimo dalla volontà del debitore, ma direttamente dalla legge (2).

836. — B) *Liberazione del fideiussore per mancata surrogazione nelle ragioni creditorie.* — Il diritto del fideiussore di opporre le eccezioni inerenti al debito è completato dall'altro, già analizzato, di esercitare, in virtù del subingresso e dopo il pagamento, tutte le ragioni che prima spettavano al creditore contro il debitore. Quest'ultimo diritto è reso grandemente efficace dal principio per cui « il fideiussore, anche in solido, è liberato allorchè, pel fatto del creditore, non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore »: Cod. franc., art. 2037; ital., art. 1928 (coi cessati Codici: delle Due Sicilie, art. 1909; parmense, art. 2066; sardo, art. 2074; estense, art. 2054); portoghese, art. 853; spagnolo, art. 1852; chileno, art. 2381, n. 2; dell'Uruguay, art. 2105; messicano, art. 1878; columbiano, art. 2406; argentino, art. 2043; del Montenegro, art. 464; Cod. federale svizzero delle obblig., art. 508; germanico, § 776.

837. — Nella legislazione romana il diritto accennato non era accordato al fideiussore; sicchè questi poteva essere

(1) Aubry et Rau, IV, § 426, testo e nota 17; Laurent, n. 300; Guilloard, n. 162, p. 182; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1157, p. 555; Mirabelli, *op. cit.*, n. 7, p. 404. — Contro: Cass. franc., 12 février 1840 (*Sirey*, 1840, I, 529).

(2) Per la questione relativa alle conseguenze del non uso fatto dal fideiussore delle eccezioni che spettavano al debitore principale, vedi il n. 652.

Digitized by Google

escusso quantunque col proprio fatto il creditore avesse tolto al garante la possibilità di agire contro il garantito (L. 15, § 1, D. *de fidei.*, 46, 1; L. 22, D. *de pactis*, II, 14).

Se non che la stessa legislazione romana aveva proclamato un principio diverso per il *mandatum pecuniae credendae*, in quanto negava al mandatario ogni azione se per il proprio fatto non poteva più cedere al mandante le azioni contro il debitore: « Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat; cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere » (L. 95, § 15, D. *de solut.*, 46, 3) (1).

Nel diritto francese antico si cominciò a ritenere che se il creditore col proprio fatto s'è posto nella impossibilità di poter cedere al fideiussore le sue azioni, sia contro il debitore sia contro gli altri fideiussori, il garante poteva *per exceptionem cedendarum actionum* « faire déclarer le créancier non recevable en sa demande pour ce qu'aurait pu procurer au fidéiusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder » (2).

Questa dottrina passò nei citati Codici francese e italiano (art. cit.), e a giusto titolo, perocchè è logico ed equo supporre che colui il quale si fa mallevadore e chi accetta la malleveria tacitamente intendano di convenire, come compenso del pagamento che eventualmente farà il garante, la cessione dei diritti di chi s'avvantaggia della fideiussione.

838. — Sul fondamento di questa eccezione *cedendarum actionum* si disputa tra gli scrittori. Taluno opina che la detta eccezione sia fondata sul beneficio d'escussione (3) ed altri crede che sia fondata così sul subingresso nelle ragioni del creditore come nel beneficio di escussione (4).

Noi crediamo che la interpretazione più esatta dell'articolo 1928 è quella che risulta dalle stesse parole con le quali

(1) Pothier, n. 557, ha tentato di dare la ragione di tale differenza tra il *mandatum pecuniae credendae* e la *fideiussio*; ma i suoi argomenti non sono persuasivi. Vedi su ciò Guillouard, n. 233, p. 261.

(2) Pothier, n. 557.

(3) Troplong, n. 534.

(4) Corsi, p. 590. Vedi anche: Ricci, n. 381 — Cass. di Torino, 3 maggio 1867 (*Annali*, 1867, I, 1, 275).

Digitized by Google

esso è concepito. Il legislatore dichiara che il fideiussore è liberato quando per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la *surrogazione* nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore. E non può esser dubbio che questa surrogazione, di cui parla la legge, altro non è che il subingresso di cui è parola all'art. 1916; subingresso che si collega con la surrogazione dell'art. 1253, e che non ha nulla di comune col beneficio della escussione. Unico fondamento del rimedio che l'art. 1928 concede al fideiussore è adunque il subingresso nelle ragioni del creditore; subingresso che il creditore non può permettersi di rendere impossibile (1). Non è perciò necessario nè esatto lo stabilire un secondo fondamento che sarebbe il beneficio di escussione; questa eccezione, d'altra parte, non sempre compete al fideiussore, come quand'egli stesso vi abbia rinunciato e quando siasi obbligato in solido col debitore (art. 1907); nei quali casi, non può in nessun modo essere il beneficio di escussione quello che giustifica l'eccezione *cedendarum actionum*.

Il fatto del creditore, il quale impedisce la detta surrogazione, produce la liberazione del fideiussore in quanto costituisce una colpa. Epperò il riconoscimento o l'esclusione della responsabilità del creditore dipendono dall'esistenza o dalla inesistenza degli elementi necessari a costituire la colpa secondo i principii generali (2). La quale colpa può consistere sia in un *fatto* (*culpa in faciendo*) come in un *non fatto* (*culpa in non faciendo*) e produce la responsabilità del creditore per il *danno* cagionato al garante.

Occorre pertanto tener conto altresì delle circostanze per determinare se il fatto del creditore costituisce *colpa* (3).

(1) Vedi: Treilhard, *Exposé des motifs au Corps législatif* (Fenet, XV, p. 45); Guillouard, n. 233, p. 262; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1174. pag. 561.

(2) Consulta, su questi principî, Chironi, *La colpa nel dir. civ. odierno*, 1884-1887, e *Istit. di dir. civ.*, I, § 72; II, §§ 275-278 e 371.

(3) Per alcune applicazioni di questi principî vedi: Corte d'app. Milano, 15 luglio 1896 (*Mon. Trib.*, 1896, 701). Questa stessa Corte, con sentenza 7 settembre 1897 (*Id.*, 1898, 38), ritenne che il semplice fatto che il creditore non si sia valso, a tutela delle proprie ragioni, del diritto di ottenere la

Digitized by Google

839. — Anche il possessore della cambiale deve conservare intatti all'avallante tutti i diritti e le garanzie in cui questi è surrogato in virtù di legge (1). Ecco perchè il possessore deve compiere gli atti necessari per conservare l'azione cambiaria contro l'avallato (Cod. comm. italiano, art. 275). Pertanto, se il possessore per la propria trascuranza priva l'avallante dell'azione di rimborso, perde l'azione cambiaria contro l'avallante stesso; il che si verifica, ad es., se il possessore aspetta ad agire contro l'avallante l'ultimo giorno del quinquennio di prescrizione, e così gli toglie la possibilità di agire per il rimborso contro l'avallato (2).

Supposto che la perdita cui il possessore espone l'avallante sia parziale, ad es., perchè il possessore rinuncia a una ipoteca parziale o trascura di ritirare dal fallimento dell'avallato il dividendo assegnato ai creditori, la decadenza dello stesso possessore sarà pure parziale poichè dev'essere proporzionata al danno recato (3).

840. — Supposto che il fideiussore rinunci nel contratto all'eccezione *cedendarum actionum*, tale rinuncia produce bensì l'esonero del creditore da ogni responsabilità per il caso in cui questi non abbia conservate intatte le sue ragioni contro il debitore, ma non impedisce la surrogazione del fideiussore, *ope legis*, nelle dette ragioni qualora sussistano all'epoca del pagamento (4).

841. — La liberazione del fideiussore nasce allorchè la surrogazione non può aver luogo *per fatto* del creditore (Cod. it., art. 1928 cit.; franc., art. 2037 cit.). Ciò posto, si dovrà reputare responsabile il creditore soltanto di un *fatto*

separazione del patrimonio del proprio debitore defunto da quello dei di lui eredi, non importa liberazione del fideiussore. — Vedi su questo argomento quanto scrive il Losana in *Notar. ital.*, 1898, 261. Vedi pure Corte d'appello di Milano, 16 agosto 1888 (*Monit. Trib.*, 1888, 826), la quale ritenne che il fideiussore è liberato se il creditore lascia vendere all'incanto, davanti a notaio, ma senza ordine dell'autorità giudiziaria, il pegno dato a garanzia del debito principale, contrariamente al disposto dell'art. 1884 Codice civile.

(1) Vedi *retro*.

(2) Cass. Torino, 7 febbraio 1896 (*Foro it.*, 1896, I, 681) — Vivante, *Trattato di dir. comm.*, IV, parte I, n. 1696, p. 134-135.

(3) Vivante, *op. loc. citt.*, con le sentenze ivi citate.

(4) Confr. Cass. di Roma, 16 giugno 1896 (*Foro it.*, 1896, I, 782).

Digitized by Google

positivo, ad es., della rinuncia ad una ipoteca, ovvero anche d'un *fatto negativo*, come la mancata rinnovazione dell'iscrizione ipotecaria?

Taluno insegnò che un fatto di ommissione o di negligenza non produce responsabilità per il creditore: 1° perchè questi, essendo obbligato a cedere le azioni soltanto per una ragione d'equità, e non avendo contratto verso il fideiussore alcuna precisa obbligazione di conservare loro le dette azioni, basta che egli non faccia nulla di contrario a tale obbligazione, e non dev'essere responsabile di una mera negligenza; 2° perchè il fideiussore può vegliare affinchè il creditore gli conservi i diritti verso il debitore; e se non veglia a tale scopo, non può opporre al creditore stesso una negligenza che ha comune con lui (1).

Ma è preponderante e solidamente fondata l'opinione per cui non si deve distinguere tra il fatto positivo e negativo; e ciò sia per la lettera come per lo spirito del principio. Per la lettera: perchè la legge parla di un *fatto* del creditore, e nulla autorizza a ritenere che il legislatore abbia voluto alludere con questo vocabolo soltanto ad un fatto positivo, mentre la colpa in generale può consistere sia *in faciendo* come in *non faciendo*. Per lo spirito: perocchè il principio di cui si tratta è fondato sulla opportunità di tutelare il subingresso spettante al mallevadore; e poichè l'efficacia di tale subingresso può essere tolta così da un fatto negativo del creditore come da un fatto positivo, non è ammissibile la proposta distinzione. Nulla rileva che il creditore non si obblighi per espressa convenzione a conservare al fideiussore i diritti contro il debitore, perocchè tale obbligo esiste per il creditore in forza di legge la quale tende col subingresso e con la disposizione in discorso a favorire il garante nel massimo grado, epperò non solo nel caso di un fatto positivo, ma altresì nell'eventualità di un fatto negativo. È poi assurdo il pretendere che

(1) Pothier, *Des obligations*, n. 557; Mourlon, *Des subrogations*, p. 518 e seg. — Caen, 3 juillet 1841 (*Sirey*, 1841, II, 493); Toulouse, 19 mars 1842 (*Id.*, 1844, I, 71); Corte app. Catania, 6 giugno 1874 (*Racc.*, XXVI, 1, 697); Cass. Firenze, 13 novembre 1879 (*Annali*, XIII, 1, I, 633). Confr. Cass. di Palermo, 30 agosto 1900 (*Foro it.*, *Rép.*, v. *Fideiussione*, n. 19).

Digitized by Google

il fideiussore sorvegli la conservazione dei diritti del creditore: la legge impone a quest'ultimo di conservare i diritti contro il debitore per poterli trasmettere al fideiussore. È pertanto il creditore che deve sorvegliare i proprii atti, e nessuno può rimproverare il fideiussore per non aver compiuto atti di una vigilanza che incombeva ad altri (1).

Riteniamo, per conseguenza, che il fideiussore, anche in solido, sia liberato se per non essere il creditore comparso nel giudizio di fallimento, non possa avere effetto a favore del garante la surrogazione in discorso. Perocchè tale inazione del creditore costituisce, nel concorso delle accennate condizioni, uno di quei fatti negativi che la legge non vuole possano pregiudicare i diritti del fideiussore (2). Il principio, già esposto, per cui il fideiussore, anche prima d'aver pagato, può agire contro il debitore per essere rilevato (Codice it., art. 1919, n. 2) quando questi sia fallito, non esclude l'obbligo del creditore di agire nel detto fallimento, poichè si tratta di una *facoltà*, e non di un dovere, che la legge accorda al fideiussore.

842. — Si è molto discusso se allorquando, scaduto il debito, il creditore non agisce contro il debitore il quale

(1) Ponsot, n. 382; Duranton, n. 382; Troplong, n. 365-369; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 12; Pont, n. 380-381; Laurent, n. 310-311; Guillouard, n. 234, p. 264-265; Ricci, n. 383; Corsi, p. 591-593; Mirabelli, n. 45, p. 457; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1176, p. 562; Galdi, n. 222, p. 240-241 — Cass. Torino, 3 maggio 1867 (*Annali*, I, 1, 275); Corte appello Torino, 2 agosto 1867 e 14 maggio 1880 (*Giur. tor.*, IV, 622; XVII, 660); Corte appello Perugia, 24 marzo 1877 (*Annali*, XI, III, 415); Corte appello Ancona, 28 giugno 1882 (*Id.*, XVI, 327); Corte app. Catania, 16 aprile 1895 (*Foro Cat.*, 1895, 104); Corte app. Roma, 17 giugno 1896 (*Temi rom.*, 1896, 366); Corte app. Milano, 15 luglio 1896 (*Mon. Trib.*, 1896, 701); Tribunale Bologna, 15 dicembre 1895 (*Mon. giur. Bol.*, 1896, 13); Cassation, 25 juillet 1827 (*Sirey*, C. N. VIII, I, 648); 23 mai 1833 (*Id.*, 1833, I, 574); 17 août 1836 (*Id.*, 1836, I, 632); 29 mai 1838 (*Id.*, 1838, I, 550); 14 juin 1841 (*Id.*, 1841, I, 465); 20 mars 1843 (*Id.*, 1843, I, 455); 23 février 1857 (*Id.*, 1857, I, 359); 7 juillet 1862 (*Dalloz*, 1862, I, 485); Bruxelles, 3 août 1886 (*Pandectes françaises*, 1887, II, 73).

(2) Corsi, p. 205-206 — Cass. Torino, 24 giugno 1882, citata dal detto autore a p. 206. In senso contrario: Cass. franç., 29 avril 1891 (*Dalloz*, 1892, I, 220) — Guillouard, n. 201, p. 229; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1176, p. 564.

Digitized by Google

diventa poi insolvibile, il creditore stesso sia responsabile di tale fatto.

Per la dottrina prevalente, il creditore, non avendo agito contro il debitore alla scadenza, ha tacitamente prorogato il termine al debitore stesso, valendosi così di un suo diritto; e non è, di regola, responsabile poichè il fideiussore poteva agire contro il debitore in base all'azione di rilevazione (art. 2032, n. 4, Cod. franc.; Cod. it., art. 1919, n. 4) (1). Si deve eccettuare soltanto il caso in cui siavi dolo da parte del creditore (2).

Se non che il fatto di non agire contro il debitore non equivale ad una proroga della scadenza, perocchè mentre l'art. 1928 Cod. it. (franc., art. 2037) presuppone una colpa da parte del creditore, la proroga del termine non è una colpa, poichè può essere un atto utile al creditore e al fideiussore (3). La disposizione citata avendo per fine di proteggere il subingresso del garante, tende a colpire tutti quei fatti, positivi o negativi, che costituiscano una colpa da parte del creditore in quanto offendano il diritto del fideiussore alla conservazione dei diritti verso il garantito. Epperò per decidere la detta questione conviene tener conto anche delle circostanze di fatto (4) per decidere se vi sia colpa secondo i principii generali.

(1) Troplong, n. 568; Mourlon, *De la subrogation*, p. 525; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 24; Pont, II, n. 382; Guillouard, n. 235, p. 265; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1176, p. 563; Cassation, 22 janvier 1849 (*Sirey*, 1849, I, 182); 17 août 1859 (*Id.*, 1860, I, 145); 8 mai 1861 (*Dalloz*, 1861, I, 269); Cass. Torino, 19 luglio 1893 (*Giur. tor.*, 1893, 755). Confr.: Cass. Torino, 22 gennaio 1898 (*Giur. tor.*, 1898, 254); Trib. Bari, 26 marzo 1898 (*Riv. giur. Bari*, 1898, 92).

(2) Corte app. Milano, 13 marzo 1885 (*Mon. Trib.*, 1885, 526); Corte app. Casale, 30 luglio 1889 (*Giur. Cas.*, 1889, 369). Trattandosi poi di fideiussione prestata col patto espresso della preventiva escussione, fu ritenuto che, essendo tale patto una legge fra le parti, il creditore, scaduto il debito, deve, senza ritardo, escutere il debitore, sotto pena di veder liberato il fideiussore ove il ritardo impedisca la surrogazione contemplata dall'art. 1928 Codice italiano: Cass. Napoli, 20 aprile 1896 (*Foro it.*, 1896, I, 832).

(3) Vedi Laurent, n. 311.

(4) Confronta: Corte app. Genova, 10 maggio 1895 (*Temi Gen.*, 1895, 376); Corte app. Trani, 21 aprile 1900 (*Foro it., Rep.*, 1900, v. *Fideiussione*, nn. 16-18), la quale ritenne, fra l'altro, non essere possibile la compensazione di colpe tra

Digitized by Google

843. — L'obbligo del creditore di conservare i diritti al fideiussore affinchè questi possa esercitare il subingresso è proclamato dalla legge in termini assoluti (Cod. it. e francese, art. cit.), con l'evidente intenzione di assicurare il rimborso al garante che deve pagare. Va perciò escluso che il creditore abbia il dovere di conservare le garanzie inerenti al credito, soltanto *in diritto*, per modo che il fideiussore non possa protestare se gli viene conservato il *puro titolo* della sicurtà. Al contrario il creditore deve conservare le dette garanzie anche *in fatto*, ossia deve conservare non soltanto il titolo, ma anche deve vegliare alla conservazione del relativo valore, nei limiti dei mezzi che la legge accorda ai creditori. Altrimenti la conservazione delle ragioni, ipoteche e privilegi di cui parla la legge, sarebbe vana se il fideiussore dovesse appagarsi d'un nudo titolo il quale, per la diminuzione o sparizione dell'effettivo valore, imputabile al creditore, non producesse alcun effetto utile (1).

844. — Il concetto di colpa che è il fondamento della regola in discorso, fissa le condizioni e i limiti della responsabilità del creditore.

Così, perchè il fideiussore possa godere della liberazione è necessario che l'impossibilità della surrogazione sia ascrivibile al fatto del creditore. Ne segue che il garante non è liberato se tale impossibilità è dovuta o ad un fatto del debitore che il creditore non poteva o non doveva impedire (2),

l'inazione del creditore e quella del fideiussore, perchè la sanzione dell'art. 1928 corrisponde a un vero e proprio obbligo giuridico, mentre l'art. 1919 concede una facoltà pura e semplice al fideiussore.

(1) Cassation, 23 mai 1833 (*Sirey*, 1833, I, 574); Corte app. Roma, 17 giugno 1896 (*Temi Rom.*, 1896, 366). Confronta: Cass. Torino, 26 marzo 1894 (*Foro it.*, 1894, I, 598); Corte app. Roma, 17 giugno 1896 (*Temi Rom.*, 1896, 366); Guillouard, n. 236, p. 265-267; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1178, p. 565. Confr. Laurent, n. 315. — Contro: Pont, II, n. 382 — Cass. Firenze, 18 dicembre 1879 (*Temi Ven.*, 1880, 382); 18 luglio 1887 (*Id.*, 1887, 457). Confr. Tribunale Bologna, 17 agosto 1895 (*Mon. giur. Bol.*, 1895, 270).

(2) Confronta, per una fattispecie: Corte app. Milano, 17 dicembre 1897 (*Mon. Trib.*, 1898, 49); e Cass. Torino, 31 dicembre 1886 (*Giur. tor.*, 1887, 159), la quale ritenne che non è applicabile l'art. 1928 Cod. civ. al caso della ricognizione del proprio debito fatta dal debitore principale, anche quando abbia, in tal modo, interrotta la prescrizione estintiva.

Digitized by Google

o al fatto di un terzo di cui il creditore non sia responsabile, o al fatto dello stesso fideiussore.

Riguardo ai limiti della responsabilità del creditore occorre fissare la misura in cui la colpa del medesimo ha provocato la perdita dei diritti o delle garanzie. Il che significa che, a seconda delle circostanze, il fideiussore può ottenere o una liberazione *totale* o una liberazione *parziale*.

Dal principio per cui non vi può essere responsabilità del creditore se il fatto che impedisce la surrogazione non costituisce colpa per parte del creditore stesso, segue che il fideiussore non è liberato allorquando il creditore provoca la dichiarazione di fallimento del proprio debitore; perocchè, da un lato, la dichiarazione di fallimento è bensì domandata dal creditore, ma è la conseguenza legale della cessazione dei pagamenti; e, d'altro lato, il fallimento non altera le garanzie del credito di cui il creditore domanderà l'insinuazione senza alterarlo. E poi col fallimento s'inizia una procedura collettiva che ha per fine di liquidare l'attivo fra i creditori; sicchè il fideiussore non può dolersi (1).

845. — Dallo stesso concetto della colpa discende l'altra conseguenza, già accennata, che la misura della responsabilità del creditore è determinata dal danno effettivamente recato al mallevadore.

Pertanto questi non può invocare la liberazione quando il fatto positivo o negativo che impedisce in astratto la surrogazione, non gli rechi effettivamente alcun danno. Se, per es., le ragioni, le ipoteche, i privilegi del creditore sono resi privi di valore da altre prevalenti guarentigie spettanti ad altri creditori, il garante non è liberato ancorchè per il fatto del creditore che ha perduto la guarentigia non possa aver luogo la surrogazione (2).

(1) Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 16; Laurent, n. 321; Guillouard, n. 237, p. 267-268; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1176, p. 563 — Cassation, 7 avril 1869 (*Dalloz*, 1871, I, 53).

(2) Cassation, 19 janvier 1863 (*Sirey*, 1863, I, 187); 2 février 1886 (*Dalloz*, 1886, I, 233) — Ponsot, n. 334; Troplong, n. 572; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 18; Pont, n. 376; Laurent, n. 307; Guillouard, n. 240, p. 271-272; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1181, p. 567-568; Mirabelli, n. 45, p. 457. Vedi anche: Trib. Bologna, 17 agosto 1895 (*Mon. giur. Bol.*, 1895, 270). Confronta Cass. Firenze, 2 giugno 1892 (*Temi Ven.*, 1892, 389).

Digitized by Google

Segue ancora dal detto principio che il fideiussore non è liberato ancorchè il creditore abbia in qualunque modo perdute le ragioni e le guarentigie che aveva verso il debitore se questi non sia in stato d'insolvenza, e il fideiussore possa utilmente agire a termini dell'art. 1919 Cod. civ. it., e utilmente domandare la preventiva escussione del debitore a termiti dell'art. 1906 Cod. cit. (1).

Il fideiussore poi, se il subingresso, per fatto del creditore è divenuto possibile soltanto in parte, e se è colpito dal danno per una parte del credito, è liberato, come si disse, per una parte proporzionale (2).

846. — La generalità delle espressioni adoperate dal legislatore il quale parla della surrogazione « nelle *ragioni*, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore » (art. cit.) comprende tutti i diritti e tutte le garanzie inerenti al credito garantito.

E quindi il creditore deve conservare non solo i detti privilegi e le ipoteche, ma ogni altro diritto ed ogni altra garanzia, come il diritto di ritenzione e la fideiussione (3).

847. — La liberazione del fideiussore a termini dell'articolo 1928 Cod. it. (Cod. franc., art. 2037) ha luogo, a nostro avviso, non soltanto se per fatto del creditore non può farsi la surrogazione del garante nelle garanzie acquisite prima della fideiussione o stabilite contemporaneamente ad essa; ma anche se non può farsi il subingresso in quelle garanzie che furono stabilite dopo l'assunzione della fideiussione.

Questo punto è però controverso.

Per la dottrina tradizionale il fideiussore non godeva il *beneficium cedendarum novarum actionum non sua contemplatione vel interventu quaesitarum* (4).

Fra i moderni è diffusa l'opinione che la disposizione in discorso si riferisca soltanto alle garanzie costituite prima della fideiussione o contemporaneamente ad essa. Si osserva

(1) Corte app. Ancona, 28 giugno 1882 (*Annali*, XVI, 3, 327).

(2) Ponsot, n. 334; Troplong, n. 572; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 17; Pont, II, n. 376; Laurent, n. 306; Guillouard, n. 240, p. 272; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1182, p. 568.

(3) Guillouard, n. 238, p. 268.

(4) Dumoulin, *Prima lectio Dolana*, III, n. 35. Vedi anche Pothier, n. 557.

Digitized by Google

a questo proposito che il fideiussore può bensì affermare che egli non avrebbe assunta la garanzia se avesse preveduto la sparizione di tali sicurtà; ma non può tenere questo linguaggio quando si tratta di una garanzia nata dopo la fideiussione; sicurtà che il creditore poteva anche non stipulare. Vero è che la legge non distingue fra le garanzie antiche e le nuove, ma la legge ha tenuto in considerazione ciò che accade più frequentemente, ossia l'esistenza di sicurtà anteriori o contemporanee alla garanzia. È vero che il fideiussore è surrogato anche nei diritti che il creditore acquista posteriormente al contratto; ma ciò avviene in virtù della legge (art. 2029 e 1251, 3°, Cod. franc.; Cod. it., art. 1916 e 1253), mentre il creditore deve conservare i diritti non in virtù della legge; bensì in forza della convenzione tra il creditore e il fideiussore. Ora il creditore contrattando si è obbligato soltanto a conservare le garanzie esistenti al momento del contratto, perchè il fideiussore non poteva pensare a delle sicurtà che non esistevano, quando egli si è obbligato (1).

S'è già dimostrato che in virtù del subingresso il fideiussore sottentra sia nei diritti acquistati dal creditore anteriormente, come in quelli acquistati posteriormente alla fideiussione (arg. art. 1916 Cod. it.) (2). È quindi logico che come il mallevadore ha diritto sia alle une come alle altre garanzie, il creditore abbia il dovere correlativo di conservargli le une e le altre. Ma anche a prescindere da questo argomento si oppone alla dottrina ora esposta il fatto che la pretesa distinzione non solo non si trova nella legge, ma è da questa esclusa in quanto parla di subingresso del fideiussore in « *tutte le ragioni* » che aveva il creditore (art. 1916 cit.) e di subingresso « nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore »; espressioni che nella loro universalità condannano l'arbitraria distinzione voluta dagli interpreti. È poi erronea l'affermazione che mentre il fideiussore sottentra in tutti i diritti del creditore, in virtù della legge, il creditore deve con-

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 526 e seg.; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 14; Pont, n. 377; Laurent, n. 308; Guillouard, n. 239, p. 269-271 — Cassation, 27 novembre 1861 (*Dalloz*, 1861, I, 470); 10 décembre 1866 (*Id.*, 1866, I, 425); Cass. Torino, 1° luglio 1896 (*Giur. tor.*, 1896, 475).

(2) Vedi *retro*.

Digitized by Google

servare i diritti stessi in forza della convenzione col fideiussore. Al contrario l'obbligo del creditore di conservare al garante i diritti, nasce anch'esso dalla legge (art. 1928 cit.) essendo una sanzione del subingresso contemplato dall'art. 1916. E poichè il dovere del creditore e il diritto del fideiussore hanno un carattere contrattuale e non legale, è vana la ricerca se il fideiussore abbia o non abbia potuto fare assegnamento sulle garanzie acquistate dal creditore posteriormente al contratto (1).

Per quanto precede è poi ovvio che il fideiussore non può invocare la liberazione se il creditore trascura di procurarsi nuove sicurtà a tutela del credito (2).

848. — Il danno che è il presupposto dell'eccezione di liberazione contemplata dalla legge (art. cit.), se viene opposto dal fideiussore al creditore che agisce contro lui, dev'essere, a nostro avviso, provato dallo stesso fideiussore (3).

Taluno sostiene invece che incombe al creditore di provare l'assenza del danno perchè egli può difendersi soltanto con l'eccezione che il suo fatto non ha recato alcun pregiudizio al fideiussore; e *reus in excipiendo fit actor*. E poi mentre è facile al creditore il dimostrare la bontà del motivo per cui egli ha abbandonato qualche diritto o qualche garanzia, sarebbe assai difficile al garante il dare notizie precise sul valore della garanzia abbandonata. Il mallevadore prova l'abbandono della sicurtà ossia la colpa del creditore; incombe al creditore di provare l'assenza del danno (4).

Noi crediamo che se il fideiussore convenuto dal creditore eccepisce la liberazione in base all'art. 1928 Cod. it. (Codice franc., art. 2037) deve provare non soltanto l'abbandono del diritto o della garanzia, ma altresì il danno da lui sofferto.

(1) Nel senso che propugniamo: Duranton, n. 382; Ponsot, n. 334; Troplong, nn. 570 e 571; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1179, p. 566 — Caen, 18 mars 1828 (*Sirey*, C. N. IX, II, 56). Confr. Corte appello Milano, 16 agosto 1888 (*Mon. Trib.*, 1888, 826).

(2) Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 15; Pont, n. 378; Laurent, n. 309; Guillouard, n. 239, p. 271; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1179, p. 566 — Cassation, 3 mai 1861 (*Dalloz*, 1861, I, 269).

(3) Conf.: Labbé, nota in *Sirey*, 1887, I, 5; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1184, p. 568-569.

(4) Guillouard, n. 241, p. 273 — Orléans, 11 août 1893 (*Sirey*, 1893, 2, 329).

Digitized by Google

Perocchè chi afferma o eccepisce il danno deve allegare e provare i fatti che lo producono. Se però il creditore, dietro l'eccezione del fideiussore affermasse un fatto nuovo, ossia un fatto contrario alla posizione attualmente acquistata dal fideiussore, l'onere di provare tale fatto incomberebbe allo stesso creditore (1), perocchè sia l'attore come il convenuto devono provare quanto affermano. La difficoltà della prova, che può essere maggiore per il garante di quello che sia per il creditore, non è argomento valido per distruggere il principio da noi sostenuto.

849. — L'onere di provare il danno incombe poi necessariamente al fideiussore che senza attendere d'esser convenuto, vuol provocare la dichiarazione della propria liberazione.

Va avvertito a questo proposito, che la liberazione del garante dev'essere domandata da lui stesso, ossia non ha luogo *ipso jure*, ma ciò non implica la conseguenza che il mallevadore non possa invocare la dichiarazione di liberazione finchè il creditore non agisce contro lui, anche se è certa la perdita del diritto o della garanzia abbandonati dal creditore (2). Perocchè il testo della legge non si oppone a questo principio, e d'altra parte il fideiussore ha interesse di sapere al più presto se egli è o non è liberato, e di fare accertare subito il valore della garanzia perduta (3).

Se il creditore conviene in giudizio il garante, questi può opporre l'eccezione di liberazione in qualunque stadio della causa ed anche in appello (4).

850. — Riteniamo, da ultimo, che le parti possono derogare, nel contratto, alla regola relativa all'eccezione di liberazione, perocchè tale regola si fonda sul subingresso fideiussorio, e a questo i contraenti possono derogare mediante la convenzione (5).

(1) Consulta sul fatto nuovo: Lessona, *Teoria delle prove*, I, n. 118, p. 107-108, e vedi *retro*, n. 412.

(2) In senso contrario: Montpellier, 23 août 1870, Sous-Cassation, 19 novembre 1872 (*Dalloz*, 1873, I, 38) — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1180, p. 567, i quali affermano che il sistema da noi seguito ammette un'azione *in futurum*, mentre tali azioni sono vietate.

(3) Conf.: Labbé, nota in *Sirey*, 1873, II, 194; Guillouard, n. 242, p. 274.

(4) Galdi, n. 237, p. 271; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1180, p. 567.

(5) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1185, p. 569.

Digitized by Google

851. — La liberazione del fideiussore per la mancata surrogazione nei diritti del creditore ha luogo sia a vantaggio del fideiussore semplice come a vantaggio del fideiussore solidale.

In Francia qualche sentenza e qualche autore (1) poterono sostenere che il fideiussore solidario non può valersi dell'articolo 2037 Cod. franc.; ma tale opinione fu giustamente abbandonata poichè la stessa legge francese non distingue la fideiussione semplice dalla solidale, e perchè le ragioni che valgono per la prima, militano pure, e con maggior forza per la seconda (2).

In Italia la questione non è neppur possibile perchè la legge parla del fideiussore « anche in solido ».

852. — Invece il *condebitore solidale* non può valersi dell'art. 1928 Cod. civ. it., perocchè, come già si disse, quantunque la legge dichiari che l'effetto dell'obbligazione assunta dal *fideiussore solidale* si regola con gli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido (Cod. civ. it., art. 1907), tuttavia sussiste pur sempre una netta distinzione tra la fideiussione solidaria e l'obbligazione in solido (3).

Epperò non v'è ragione per estendere al condebitore solidale una disposizione, che pronuncia una decadenza contro il creditore, e costituisce un diritto eccezionale, per modo che non soffre una interpretazione estensiva (4).

853. — A chi senza obbligarsi personalmente ad estinguere l'altrui debito ha consentito un'ipoteca sui proprii beni, non appartiene il diritto di invocare la liberazione, a termini dell'art. 1928. cit. Perocchè questa disposizione è dettata sol-

(1) TROPLONG, n. 557-560.

(2) Vedi gli autori e le sentenze citati dal GUILLOUARD, n. 243, p. 275-276, in nota 1. Adde: BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 1188, p. 570.

(3) Vedi *retro*, n. 251.

(4) TROPLONG, n. 563; PONT, II, n. 369; AUBRY et RAU, IV, § 429, nota 21, e § 298-*ter*, nota 47; GUILLOUARD, n. 245, p. 277-278; BAUDRY-LACANTINERIE et VAHL, n. 1189, p. 571, con la giurisprudenza francese ivi citata in nota 4. — Adde: Cass. Firenze, 4 dicembre 1884 (*Legge*, 1885, I, 441); Cassazione Palermo, 21 luglio 1896 (*Circ. giur.*, 1896, 270). — Contro: POTHIER,, n. 275; DURANTON, n. 382; PONSOT, n. 329; RODIÈRE, *De la solidarité*, n. 154; Cassation, 13 février 1816, citata da BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *loc. cit.*

Digitized by Google

tanto per il fideiussore propriamente detto, mentre colui il quale concede un'ipoteca sui proprii beni per l'altrui debito, non è un fideiussore (1).

Per la stessa ragione il terzo possessore degli immobili ipotecati dal debitore per sicurtà del debito garantito, non può valersi dell'art. 1928 cit., poichè egli non essendo obbligato personalmente a pagare il debito e non essendo perciò un fideiussore, non può approfittare di una regola scritta soltanto per la fideiussione (2).

Ed ancora per questa ragione il commissionario obbligatosi con lo *star del credere* non può valersi dell'eccezione in discorso, non essendo neppur esso un vero mallevadore (3).

(1) Conf.: Pont, n. 371; Guillouard, n. 246, p. 279; Galdi, n. 220 — Cassation, 25 novembre 1812 (*Sirey*, C. N. IV, I, 231); 10 août 1814 (*Id.*, C. N. IV, I, 603). — Contro: Mourlon, *De la subrogation*, p. 514; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 20; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1187, p. 569 – Cass. Torino, 8 maggio 1891 (*Giur. tor.*, 1891, 571); 19 febbraio 1894 (*Id.*, 1894, 169).

(2) Mourlon, *De la subrogation*, p. 528 e seg.; Aubry et Rau, IV, § 429, testo e nota 21; Pont, n. 372; Guillouard, n. 247, p. 279-280; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1187, p. 570, con le sentenze citate pro e contro alla nota 1. — Contro: Troplong, n. 562.

(3) Vedi *retro*, n. 260.

Digitized by Google

TITOLO III.

DIRITTO TRANSITORIO E INTERNAZIONALE

Capo I.

DIRITTO TRANSITORIO.

Sezione I.

Principio generale.

Sommario: 854. La regola.

854. — È principio fondamentale di diritto transitorio in materia di obbligazioni che la validità, il contenuto e gli effetti delle obbligazioni e dei contratti vanno regolati secondo la legge vigente nel giorno in cui i medesimi ebbero nascimento. E ciò per la ragione che i diritti acquisiti sono inviolabili « essendo le obbligazioni identiche ai diritti corrispettivi di coloro verso i quali esse vengono poste in essere » (1).

Questo principio è perfettamente applicabile alla fideiussione, perocchè, pur essendo essa una obbligazione connessa con l'obbligazione principale, ha tuttavia un'entità distinta da quest'ultima. Per la qual cosa va regolata non secondo la legge vigente nel giorno in cui venne posta in essere la obbligazione principale, ma secondo la legge del giorno in

(1) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. IV, cap. I, p. 3 e seg., con gli autori e la giurisprudenza ivi citati. Confr.: Savigny, *Traité de droit romain*, versione francese di Guenoux (Paris, 1851), vol. VIII, § 392; Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicaz. ed interpretaz. delle leggi*, vol. I, parte 1ª, n. 319 e seg., p. 372 e seg., nell'opera *Il dir. civ. ital.* ecc., Napoli, 1886.

Digitized by Google

cui ebbe nascita la fideiussione stessa (1), la quale com'è noto, può essere costituita, anteriormente, o contemporaneamente o posteriormente all'obbligazione principale.

Sezione II.

Applicazioni.

Sommario: 855. Obbligo di fornire un fideiussore. — 856. Forma e requisiti della fideiussione — 857. L'incapacità delle donne secondo il S. C. Velleiano. — 858. Contenuto della fideiussione. — 859. Rapporti giuridici tra il creditore e il fideiussore, ed il debitore e il fideiussore. — 860. Rapporti giuridici tra i confideiussori. — 861. Durata della fideiussione. — 862. Trasmissibilità per successione del vincolo fideiussorio.

855. — Ciò posto analizziamo le più importanti applicazioni.

Obbligo di fornire un fideiussore. — Bisogna decidere secondo il titolo per il quale la fideiussione è necessaria. Se si tratta di fideiussione legale, ossia imposta dalla legge, per decidere se vi sia obbligo di fornirla si deve giudicare secondo la legge del giorno « in cui si compiè il fatto che la legge presuppone ».

Se la fideiussione è imposta da un contratto, si deve regolare tale obbligo secondo la legge del giorno in cui il detto contratto fu posto in essere.

La questione se il debitore principale sia o no obbligato a dare un nuovo fideiussore quando quello già dato sia divenuto insolvente, va altresì decisa secondo la legge che regola il titolo in forza del quale la fideiussione fu costituita (2).

856. — *Forma e requisiti della fideiussione.* — Secondo la legge del giorno in cui la fideiussione venne costituita,

(1) Così esplicitamente disponeva la Patente di promulgazione badese, 3 febbraio 1809, la quale precedette l'entrata in vigore del Codice napoleonico nel Granducato di Baden (1 luglio 1809): « § XIV. Quanto alla fideiussione, il giorno in cui questa venne interposta, e non quello in cui fu conchiuso l'affare principale, influisce sul decidere se la fideiussione debbasi considerare come conchiusa prima o dopo il luglio 1809, e quindi con quale legge debba essere regolata » (Gabba, *op. cit.*, I, p. 65 in nota).

(2) Gabba, *op. cit.*, vol. IV, cap. XVIII, p. 183-184.

Digitized by Google

vanno regolate la forma di essa; la idoneità del debito principale ad essere garantito; la validità della fideiussione riguardo alla natura del suo contenuto; la capacità del fideiussore, conformemente al principio generale per cui la capacità di obbligarsi va regolata secondo la legge sotto il cui impero l'obbligazione venne posta in essere (1).

857. — *Incapacità delle donne a prestar fideiussione in virtù del S. C. Velleiano.* — Questo argomento dà luogo a più d'una questione, attese le differenze esistenti, su tale punto, fra le legislazioni.

Accenniamo le principali questioni:

α) Se la legge sotto la quale venne posta in essere la fideiussione della donna è diversa da quella sotto cui la fideiussione stessa dovrebbe produrre il suo effetto, si deve applicare la legge vigente nel giorno in cui la fideiussione fu costituita;

β) Una legge che abolisca il S. C. Velleiano ha effetto retroattivo?

Un esame particolareggiato di questo punto eccederebbe i confini di un trattato della fideiussione, mentre esso spetta propriamente alla dottrina della irretroattività.

Avvertiamo tuttavia, che, contrariamente all'opinione del Meyer (2), il quale opina essere tale legge retroattiva, e del Tonso (3), il quale segue la dottrina del Meyer, ma l'applica soltanto alla intercessione di una donna a favore di *persone diverse dal marito* (*invalidità* che ha luogo *ope exceptionis* e non *ipso jure*), il maggior numero degli scrittori, più d'una sentenza, e il Gabba (4) insegnano invece che la invalidità delle intercessioni delle donne, quale è pronunziata dal diritto romano, non può cessare per forza retroattiva di nuove leggi abolitive del S. C. Velleiano. « Se invero la validità delle obbligazioni si deve giudicare, anche dal lato della capacità, secondo la legge sotto il cui impero vennero poste in essere, nell'applicazione di questo principio non può manifestamente

(1) Gabba, *op. cit.*, IV, cap. V, p. 13, e vol. I, p. 236 e seg.
(2) In Gabba, IV, cap. V, p. 16.
(3) Idem.
(4) *Loc. cit.*, p. 17.

Digitized by Google

far differenza che la invalidità si debba ammettere piuttosto *ipso jure*, oppure *ope exceptionis*. In quest'ultimo caso il diritto alla eccezione è un diritto quesito per mezzo della obbligazione medesima, che da nessuna legge posteriore può esser tolto » (1).

γ) Dopo l'abolizione del S. C. Velleiano, può una fideiussione interposta da una donna vigendo quel Senato-consulto, essere dalla medesima confermata, e con ciò sanata della sua invalidità?

Bisogna distinguere le fideiussioni femminili radicalmente nulle *ipso iure* da quelle che sono invalide soltanto *ope exceptionis*.

Riguardo alle prime non è ammissibile l'efficacia retroattiva della conferma, perocchè questa sarebbe contraria alla legge antica la quale pronunciò una nullità assoluta, non sanabile con una conferma posteriore.

Quanto alla seconda specie di fideiussione appare logica l'opinione del Gabba (2) che tali fideiussioni possano essere ratificate o confermate dopo l'attuazione della nuova legge abolitiva del S. C. Velleiano. « Imperocchè, permettendo il diritto romano che all'eccezione nascente dal Senato-consulto possa la donna intercedente rinunziare, codesta facoltà trae seco naturalmente anche quella di ratificare l'intercessione, e questa ratifica può farsi tanto vigendo il diritto romano, quanto vigendo la legge nuova, e in quest'ultimo caso apparisce fatta in virtù della facoltà data dalla legge antica, e che la legge nuova non può togliere » (3).

(1) Gabba, *loc. cit.*, cui rimandiamo per maggiori schiarimenti.

(2) *Loc. cit.*, p. 19.

(3) Un'altra questione è la seguente: se la donna maritata sotto l'impero d'una legislazione che le proibiva di prestar fideiussione per il proprio marito, divenga capace di far ciò dopo la promulgazione di un'altra legge che, come il Codice civile vigente, autorizzi tale intercessione. Fu ammessa, in Francia, l'affermativa por la ragione che la legge abolitiva dell'incapacità nascente dal S. C. Velleiano è una legge che aumenta la capacità di obbligarsi della moglie; e spetta alla legge nuova la facoltà di aumentare o diminuire, nell'interesse generale, la capacità di obbligarsi delle parti contraenti; e questa legge, reputata migliore, deve governare tutti i fatti posteriori alla sua promulgazione. Vedi: Cassation, 27 août 1810 (*Sirey*, C. N. III, II, 231); 5 mars 1811

Digitized by Google

858. — *Contenuto della fideiussione.* — Se, sotto l'impero del diritto romano, fu costituita una fideiussione in termini più gravosi di quelli imposti al debitore principale, tale fideiussione resterà interamente invalida, anche se sopravvenga una nuova legislazione, la quale, come l'italiana (articolo 1900) e la francese (art. 2013) dichiari che in tal caso la fideiussione è valida fino alla misura della obbligazione principale.

859. — *Rapporti giuridici tra il creditore e il fideiussore e il fideiussore e il debitore principale.* — Anche questi rapporti sono regolati dall'esposto principio transitorio fondamentale. Quindi:

α) L'estensione dei diritti del creditore verso il fideiussore è regolata dalla legge del giorno in cui la fideiussione fu costituita;

β) Secondo la stessa legge si deve determinare quali eccezioni il fideiussore possa opporre al creditore;

γ) Altrettanto si dica quando si debba decidere se il creditore che ha proceduto con lentezza, ma in buona fede, contro il debitore principale, il quale frattanto è divenuto insolvente, possa ancora agire contro il fideiussore, a norma del diritto romano, differente in ciò dalla legislazione italiana (art. 1910) e dalla francese (art. 2024);

δ) La facoltà del fideiussore di opporre il beneficio di escussione va ammessa o negata, o dichiarata perduta secondo la legge del giorno in cui la fideiussione fu stipulata (1).

Invece le formalità necessarie all'esercizio di tale beneficio, per parte del fideiussore vanno regolate secondo la legge del giorno in cui la eccezione viene sollevata (2);

ε) Il beneficio della cessione delle azioni dal creditore principale al fideiussore che ha pagato, è sottoposto alla legge sotto il cui impero la fideiussione fu stipulata;

(*Ivi*, C. N. III, II, 302); Chambéry, 19 novembre 1877 (*Sirey*, 1878, II, 5); Duranton, XVIII, n. 310; Troplong, n. 185; Guillouard, n. 46, p. 51-52, con le altre sentenze ivi citate in nota 1 a p. 52; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 941, p. 458.

(1) Fiore, *op. cit.*, n. 335, p. 389.

(2) Gabba, IV, cap. XVIII, p. 185-186.

Digitized by Google

ξ) E questo principio medesimo vale quando si debba decidere se e quali guarentigie il fideiussore possa domandare al debitore.

860. — *Rapporti giuridici tra i confideiussori*. — Anche questi rapporti vanno regolati dalla legge sotto il cui impero la fideiussione venne stipulata. Il quale principio vale:

α) per decidere se i confideiussori siano o no da reputarsi obbligati in solido. Gli effetti poi della solidarietà devono essi pure regolarsi a norma della legge del giorno in cui la fideiussione e la solidarietà ebbero vita (1);

β) per il beneficio di divisione, in particolare, il quale spetta o non spetta ai confideiussori, a norma di tale legge. Per la qual cosa se una legge nuova abolisse il detto beneficio, questa legge nuova non si potrebbe applicare alla fideiussione costituita sotto una legge che ammetteva il beneficio stesso (2).

861. — *Durata della fideiussione*. — Per decidere fino a quando duri l'obbligo del fideiussore, si deve applicare la legge sotto la quale la fideiussione fu costituita, conformemente al principio fondamentale.

862. — *Trasmissibilità per successione dell'obbligazione fideiussoria*. — Invece per sapere se l'obbligazione fideiussoria passi o non passi all'erede del fideiussore, non si deve applicare la detta legge, ma la legge sotto la quale si è aperta la successione del fideiussore (3). Perocchè la trasmissione di una obbligazione, per titolo di successione, *mortis causa*, non può essere ritenuta come effetto indiretto della obbligazione stessa, e quindi non può essere sottoposta alla stessa legge della obbligazione (4).

(1) Gabba, IV, cap. XI, p. 68 e seg. e cap. XVIII, p. 186.
(2) Gabba, IV, cap. XI, p. 70 e cap. XVIII, p. 186.
(3) Gabba, IV, cap. XVIII, p. 187.
(4) Id., IV, cap. XII, p. 130-131. In senso contrario: Windscheid, *Pand.*, p. 32, nota 9.

Digitized by Google

CAPO II.

DIRITTO INTERNAZIONALE.

SEZIONE I.

Principio generale.

SOMMARIO: 863. Regola.

863. — Nei rapporti della fideiussione coi principii del diritto internazionale privato restringeremo le ricerche al diritto positivo italiano, essendo che l'analisi delle varie dottrine generali sui limiti di spazio della legge in materia di obbligazioni non può far parte di questo lavoro.

Va premesso che essendo la fideiussione una obbligazione connessa bensì alla obbligazione principale, ma tuttavia distinta da quella, nel senso che il *rapporto accessorio* ha una entità distinta dal *rapporto principale* (1), essa va governata non secondo la legge applicabile alla obbligazione garantita, ma secondo la legge applicabile alla fideiussione stessa (2), a norma dei principii positivi del diritto internazionale privato. Legge che può essere diversa da quella che governa l'obbligazione principale, così come può essere la medesima per entrambi i rapporti, a seconda delle circostanze.

SEZIONE II.

Applicazioni.

SOMMARIO: 864. Capacità. — 865. Validità, sostanza, effetti della fideiussione. — 866-869. Fideiussione convenzionale — *Il vinculum juris e l'onus obligationis*. — 870. Fideiussione legale 871. Forma della fideius-

(1) Vedi *retro*, n. 73 e seg. Confronta Cass. Roma, 7 gennaio 1902 (*Foro It.*, 1902, 88).

(2) Per le limitazioni di questo principio, ammesse da qualche giudicato straniero, vedi BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 940, p. 457, con le citazioni in nota 5.

Digitized by Google

sione. 872. Prove della fideiussione. — 873. Interpretazione della fideiussione

864. — *Capacità*. — La capacità di prestare fideiussione va regolata dalla legge della nazione cui il fideiussore appartiene (art. 6 Disposiz. preliminari del Cod. civ. it.), essendo stato accolto in materia di capacità il principio della nazionalità. Onde l'applicabilità del S. C. Velleiano è regolata in massima dalla detta legge.

865. — *Validità, sostanza, effetti della fideiussione*. — Qui bisogna distinguere la fideiussione convenzionale dalla fideiussione legale.

a) *Fideiussione convenzionale*. — Tralasciando, per la detta ragione, l'analisi delle varie dottrine astratte sulla legge da applicarsi alle obbligazioni convenzionali, notiamo che la fideiussione convenzionale è soggetta, in diritto positivo italiano, alla disposizione contenuta nell'art. 9 delle Disposizioni preliminari, per il quale: « La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà ».

Pertanto, avendo la legge dichiarato doversi osservare la volontà delle parti di riferirsi ad una legge diversa dalla *lex loci obligationis*, la determinazione della legge applicabile alla fideiussione convenzionale dipende dalla volontaria sottomissione delle parti; onde la necessità di esaminare le circostanze fra le quali la fideiussione venne assunta, salva la presunzione stabilita dal citato articolo 9 per la *lex loci*, quando tale esame non riveli la volontà delle parti di riferirsi ad una legge diversa da quella designata dalla legge (1).

866. — Distinguiamo però, con autorevoli scrittori, il *vinculum juris* dall'*onus obligationis*.

Rispetto al vincolo giuridico che unisce le parti, rispetto cioè alla validità, alla materia, all'estensione della fideius-

(1) Confr.: Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicaz. applicaz. ed interpretaz. delle leggi*, vol. I, parte 1ª, n. 419 e seg., p. 493 e seg., dell'opera « *Il diritto civile ital.* »; Grasso, *Principii di dir. internaz. pubblico e privato*, 2ª ediz. (Firenze, 1890), § 92, p. 261 e seg.

Digitized by Google

sione (1), è la *lex loci obligationis* quella che, come si disse, determina, in mancanza di dichiarazione delle parti, *id quod actum est.*

Ma rispetto all'*onus obligationis*, ossia rispetto agli effetti di natura essenzialmente esecutoria, quando la fideiussione deve essere eseguita in un luogo diverso da quello in cui fu costituita, si deve applicare la legge del luogo in cui il contratto si eseguisce, essendo più presumibile che il fideiussore abbia inteso di riferirsi a tale legge, che non alla legge del luogo in cui nacque la fideiussione (2).

867. — La *lex loci contractus* vale poi per regolare l'azione personale del creditore verso il fideiussore per costringere quest'ultimo a soddisfare l'obbligazione, essendo che tale azione fa parte dalla sostanza della fideiussione (confr. L. 3 pr., D. *de oblig. et act.*, 49, 7). Taluni autori sostennero bensì, che le azioni siano da considerarsi come istituti procedurali, che devono dipendere dalla legge del luogo in cui l'azione viene esercitata (*lex fori*). Ma crediamo col Savigny (3) e col Fiore (4), che tale opinione sia erronea per più ragioni, fra le quali questa che, consistendo il valore della obbligazione nel diritto del creditore di costringere il debitore all'adempimento, e le azioni relative al fondo del diritto essendo

(1) In senso diverso: Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 1005, p. 492, con gli autori ivi citati in nota 7.

(2) Fiore, *op. cit.*, n. 419-420, p. 494-495; Grasso, *op. cit.*, § 92, p. 263, con gli autori ivi citati. In senso diverso: Savigny, *Traité de droit romain*, traduz. francese di Guenoux (Paris, 1851), vol. VIII, § 370, il quale non fa la detta distinzione e insegna essere dell'essenza dell'obbligazione che il luogo dell'adempimento sia considerato come sede dell'obbligazione e che in questo luogo sia collocata la giurisdizione speciale dell' obbligazione in virtù della libera sottomissione delle parti, salva l'espressione della loro contraria volontà. Secondo taluni bisognerebbe poi distinguere ancora gli effetti che derivano immediatamente dalla natura stessa della fideiussione, i quali devono essere determinati secondo la stessa legge che deve governare la fideiussione, dagli effetti accidentali, ossia da quelli che nascono prima o dopo della convenzione, o nella sua esecuzione e non dipendono da causa inerente alla fideiussione primitiva, ma da fatti nuovi. Questi effetti dovrebbero essere regolati a differenza dei primi, dalla legge del luogo in cui nacque la nuova causa dalla quale dipendono. Confr. Fiore, *op. cit.*, n. 431, p. 505-507.

(3) *Op. cit.*, vol. VIII, §. 374.

(4) *Op. cit.*, n. 433, p. 508-509.

Digitized by Google

per ciò strettamente unite al *vinculum juris*, non possono senza offesa alla logica, farsi dipendere da legge diversa da quella che regola l'obbligazione stessa.

868. — Lo stesso si dica per l'eccezione di escussione che il fideiussore può opporre al creditore. A parte la questione, se il beneficio di escussione costituisca un'eccezione perentoria (nel qual caso non può essere considerata come istituto processuale) (1) o dilatoria, o mista, è certo che tale eccezione è strettamente legata all'efficacia dell'azione spettante al creditore verso il fideiussore e, per essa, all'efficacia della stessa obbligazione fideiussoria. Per la qual cosa è illogico l'ammettere che l'intrinseca efficacia della fideiussione deve dipendere da una legge e l'ammissibilità dell'eccezione di escussione da una legge diversa. Si deve pertanto applicare a tale eccezione la legge del luogo in cui nacque la fideiussione (2).

869. — E qui notiamo, per incidenza, che la *lex loci contractus* non è invece applicabile alle eccezioni spettanti agli incapaci di prestare fideiussione essendo che tali eccezioni, per il diritto positivo italiano, vanno regolate in base all'esposto principio generale, secondo la legge della nazione cui appartiene la persona della cui capacità si controverte (art. 6 Disposiz. prelim. del Cod. civ. ital.).

870. — b) *Fideiussione legale.* — Quanto alla fideiussione legale, poichè l'obbligo di fornirla nasce non dal consenso ma dalla legge, è applicabile ad essa, nei rapporti fra il debitore e il creditore, il principio che governa le obbligazioni le quali si formano senza convenzione. Per il quale principio, generalmente ammesso, si deve, per regola, seguire la legge del luogo in cui è occorso il fatto che dà origine alla obbligazione (*lex loci*), tranne quando questa cada in una categoria speciale di rapporti giuridici, nel qual caso va governata dalla legge regolatrice di questi (3).

871. — *Forma della fideiussione.* — La forma della fideiussione è governata dalla massima *locus regit actum*, la cui osservanza è obbligatoria, tranne se si tratta di fide-

(1) Confr. Savigny e Fiore ai luoghi citati.
(2) Idem.
(3) Grasso, *op. cit.*, § 93, p. 266.

Digitized by Google

iussione convenzionale, il caso in cui le parti intendano di seguire la loro legge nazionale che sia comune a tutti i contraenti. Il che risulta dal disposto del citato art. 9 delle Disposiz. prelim. al Cod. civ. ital., per il quale: « Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti » (1).

872. — *Prove della fideiussione.* — I mezzi di prova della fideiussione sono determinati dalle leggi del luogo in cui la fideiussione fu costituita (art. 10 Disp. prelim. Codice civ. italiano) (2).

873. — *Interpretazione della fideiussione.* — Da ultimo, rispetto alla interpretazione della fideiussione costituita in paese estero, oltre l'applicazione delle regole generali di ermeneutica, conviene desumere la precisa intenzione delle parti dal valore giuridico delle espressioni da esse usate, secondo la legge alla quale presuntivamente si riferirono. Perocchè può accadere che tali espressioni, pur essendo chiare per loro stesse, abbiano un significato diverso nei vari paesi; ad es., in quello del debitore, del creditore, del luogo in cui fu stipulato il contratto, del luogo in cui fu fissata l'esecuzione. Per la quale ragione si deve tener conto di tutte le circostanze atte ad accertare la detta volontà (3).

Se poi, come avviene per regola, la fideiussione è assunta in forma unilaterale, crediamo sia logico, nell'assenza di indizi diversi, presumere che il fideiussore abbia inteso di riferirsi alla sua legge nazionale, perocchè, obbligandosi esso a titolo gratuito, è presumibile che abbia inteso di vincolarsi in base alla legge che più gli è famigliare, della quale, per conseguenza, meglio può valutare gli effetti.

(1) Sulle forme estrinseche degli atti consulta: Savigny, *op. cit.*, VIII, § 381; Fiore, *op. cit*, n. 392 e seg., p. 457 e seg.

(2) Per i particolari del principio enunciato nel testo consulta: Fiore, *op. cit.*, n. 437, p. 515 e n. 408, p. 473; Grasso, *op. cit.*, § 109, p. 312 e seg.

(3) Fiore, *op. cit.*, n. 438, p. 515-517 e n. 440, p. 519. Confr. Savigny, *op. cit.*, VIII, § 374.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DELLE MATERIE

PARTE GENERALE

TITOLO I.

I CARATTERI DELLA FIDEIUSSIONE

Capo I. — Caratteri storici.

1. Sintesi storica dei caratteri della fideiussione . . . *Pag.* 1

Sezione I. — Legislazioni anteriori al diritto romano.

§ 1. — **Leggi ebraiche e indiane.**

2. Il libro dei Proverbi. — 3. Il codice di Manù. . *Pag.* 2 a 3

§ 2. — **Legislazione greca.**

4. Fonti principali. — 5. **Aristotele** - I tempi antichi. — 6. Forme della fideiussione. — 7. Esclusione dell'accessorietà. — 8. Indipendenza dal contratto principale. — 9. Rinvio. — 10. Diritti del creditore. — 11. Responsabilità del fideiussore. — 12. Intervento di fideiussori nei contratti. — 13. La fideiussione nella vendita. — 14. La fideiussione nella locazione . . . . . *Pag.* 4 a 12

Sezione II. — Diritto romano.

15. *Sponsio* e *fidepromissio*. — 16. Leggi relative agli *sponsores* e ai *fidepromissores*. — 17. *Fideiussio*. — 18. Benefici speciali per il fideiussore - Rinvio . . . . . *Pag.* 12 a 14

Sezione III. — Diritto intermedio.

§ 1. — **Diritto barbarico e feudale.**

a) **Diritto barbarico.**

19. Fideiussione necessaria. — 20. Fideiussione volontaria — Rinvio. — 21. Costituzione dei fideiussori nel diritto longobardico. — 22. Speciali denominazioni della fideiussione. — 23. La fideiussione nel diritto franco — 24. Differenze tra la fideiussione germanica e la odierna. — 25. Intervento del fideiussore per rendere perfetto un vincolo non regolare . . . . . *Pag.* 15 a 19

Digitized by Google

b) **Diritto feudale.**

26. Caratteri della fideiussione nel diritto francese dell'epoca feudale. — 27. La *plégerie*. — 28. Fonti dell'obbligo di fornire la *plégerie*. — 29. La *plégerie* nei rapporti tra il signore ed il vassallo. — 30. Le fideiussioni giudiziali. — 31. Le fideiussioni convenzionali - La *plévine simple* e la *plévine de dette*. — 32. Forme della *plégerie* nell'epoca feudale - Rinvio. — 33. Trasmissibilità agli eredi dell' obbligazione del *plége* semplice . . . . . *Pag.* 19 a 22

§ 2. — **Legislazioni statutarie italiane.**

34. Caratteri degli Statuti. — 35. Caratteri delle consuetudini. — 36. La garanzia contro l'evizione nelle consuetudini. — 37. Il beneficio di escussione - Rinvio. — 38. L'azione di liberazione - Rinvio. — 39. Contenuto degli Statuti - Rinvio. — 40. Quadro degli Statuti consultati *Pag.* 22 a 26

§ 3. — **Diritto inglese anteriore al diritto attuale.**

41. Uso della fideiussione nell'epoca anglo-sassone. — 42. La fideiussione nell'epoca della conquista normanna . . . *Pag.* 26 a 27

§ 4 — **Diritto francese anteriore alla codificazione.**

43. Caratteri di quest'epoca . . . . . *Pag.* 27 a 28

SEZIONE IV. — **Legislazioni moderne.**

44. Carattere generale delle legislazioni moderne. — 45. Legislazioni civili di tipo francese. — 46. Legislazioni civili di tipo germanico. — 47. Diritto inglese attuale. — 48. Legislazioni di tipo proprio. — 49. Legislazioni commerciali. . . . . *Pag.* 28 a 32

SEZIONE V. — **Il valore economico-sociale della fideiussione.**

50. Idee antiche sui pericoli della fideiussione. — 51. Utilità della fideiussione. — 52. Continuazione . . . . . *Pag.* 32 a 35

CAPO II. — **Caratteri dottrinali.**

53. Elementi della fideiussione . . . . . *Pag.* 35

SEZIONE I. — **Caratteri essenziali.**

54. Partizione . . . . . *Pag.* 35

§ 1. — **Natura ed oggetto della fideiussione.**

55. Caratteri essenziali. . . . . *Pag.* 36

a) **Accessorietà e sussidiarietà.**

56. Significato dell'*accessorietà*. — 57. Oggetto proprio della fideiussione. — 58. Il fideiussore si obbliga *proprio nomine*. — 59. Continuazione. — 60. Casi in cui la fideiussione è obbligazione principale. — 61. Obbligazioni non accessorie. — 62. La *sussidiarietà*. — 63. Gli obbligati sussidiariamente. — 64. La fideiussione non è un'obbligazione condizionale . . . . . *Pag.* 36 a 41

Digitized by Google

b) **Connessità.**

65. Natura del rapporto tra la fideiussione e l' obbligazione principale. — 66. La correalità. — 67. La solidarietà. — 68. L'unicità dell'obbligazione. — 69. La « Singularsuccession ». — 70. La connessità. — 71. Continuazione. — 72. Continuazione . . . *Pag* 41 a 46

c) **Distinzione del rapporto accessorio dal principale.**

73. Entità distinta della fideiussione. — 74. Continuazione. — 75. Se la fideiussione debba seguire, *ipso jure*, le sorti dell'obbligazione principale. — 76. Relatività della dipendenza. — 77. Continuazione. — 78. L'autonomia dei diritti reali . . . . . *Pag.* 46 a 50

d) **Trasmissibilità della fideiussione insieme al credito garantito.**

79. Principio generale. — 80. Cessione di crediti. — 81. Girata della cambiale. — 82. Distinzione costante della fideiussione dal rapporto garantito . . . . . *Pag.* 50 a 52

§ 2. — **Contenuto e causa della fideiussione.**

83. La guarentigia. — 84. La « causa obligandi ». — 85. Il fine economico della fideiussione. — 86. Partizione . . . *Pag.* 52 a 54

a) **Natura e caratteri della garanzia.**

87. Guarentigie legali e convenzionali. — 88. Diritti reali e personali. — 89. L'elemento personale e reale della fideiussione. — 90. Transizione . . . . . *Pag.* 54 a 57

b) **Il momento della esecuzione (beneficio di escussione).**

91. Esposizione della questione . . . . . *Pag.* 57

I. — **Diritto greco.**

92. Esclusione del beneficio di escussione . . . *Pag.* 57 a 58

II. — **Diritto romano.**

93. Inesistenza del beneficio di escussione - La consumazione processuale. — 94. Attenuazione della consumazione processuale. — 95. « Beneficium excussionis » . . . . . *Pag.* 58 a 59

III. — **Diritto barbarico e feudale.**

96. Esclusione del beneficio di escussione. — 97. Influenze del diritto romano . . . . . *Pag.* 60 a 61

IV. — **Legislazioni statutarie italiane.**

98-102. Esclusioni e ammissioni del beneficio di escussione. *Pag.* 61 a 63

V. — **Diritto francese anteriore alla codificazione.**

103. Tarda ammissione del beneficio . . . . . *Pag.* 63

VI. — **Legislazioni moderne.**

104-106. Legislazioni civili. — 107. Legislazioni commerciali. *Pag.* 63 a 66

VII. — **Critica del beneficio d'escussione.**

108-111. Argomenti contrari al beneficio come principio presuntivo. — 112-115. Confutazione degli argomenti avversarii. — 116. Il sistema del diritto barbarico. — 117. Conclusione . . . . *Pag.* 66 a 73

Digitized by Google

SEZIONE II. — **Caratteri naturali.**

118. Partizione . . . . . *Pag.* 73

§ 1. — **La gratuità.**

119. Carattere non essenziale della gratuità. — 120. Diritti dei creditori del fideiussore . . . . . *Pag.* 74 a 75

§ 2. — **La unilateralità.**

121-123. Distinzione tra la fideiussione gratuita e l'onerosa. *Pag.* 75 a 77

§ 3. — **La natura civile o commerciale.**

124. Interesse della distinzione . . . . . *Pag.* 77 a 78

a) **Legislazione.**

125-126. Stato delle legislazioni commerciali . . *Pag.* 78 a 79

b) **Dottrina e Giurisprudenza.**

127-130. Dottrina dei civilisti. — 131-134. Dottrine dei commercialisti . . . . . *Pag.* 80 a 84

c) **Teoria della fideiussione commerciale.**

135. La causa della fideiussione. — 136. Ragioni utilitarie. — 137. Gratuità e onerosità. — 138-139. Qualità dell'obbligazione principale. — 140. Fideiussione soggettivamente commerciale. — 141. Fideiussione che garantisce un debito commerciale per una parte, civile per l'altra. — 142-144. Differenze tra la fideiussione civile e la commerciale . . . . . *Pag.* 84 a 91

CAPO III. — **Fonti e modalità della fideiussione.**

SEZIONE I. — **Fonti.**

§ 1. — **Generalità.**

145-146. Fideiussione convenzionale, legale e giudiziaria *Pag.* 92 a 94

§ 2. — **L'obbligo di fornire una fideiussione.**

147. Rinvio. — 148. Facoltà di dare altre cautele in luogo della fideiussione - Legislazione comparata. — 149. Opinione di POTHIER. — 150. Distinzione della fideiussione convenzionale dalla legale e giudiziaria. — 151-152. Incertezza della legislazione francese. — 153-154. Disposizione liberale del Codice italiano. — 155. Facoltà di dare un'ipoteca in luogo di una fideiussione. — 156. Facoltà di dare un fondo in anticresi in luogo di una fideiussione. — 157. Facoltà di depositare una somma in garanzia. — 158. I requisiti della nuova garanzia . . *Pag.* 94 a 102

SEZIONE II. — **Modalità.**

159. Partizione. — 160. Fideiussione semplice. — 161. Fideiussione solidaria. — 162. « *Fideiussor indemnitatis* ». — 163. « *Fideiussor fideiussoris* ». — 164. Fideiussore del regresso. — 165. Azione

Digitized by Google

del creditore verso il « fideiussor fideiussoris ». — 166. Rapporti del creditore verso il fideiussore del regresso e il « *fideiussor indemnitatis* ». — 167. Le *cautiones* romane - La *cautio judicatum solvi* romana. — 168. La *cautio judicatum solvi* odierna . . . . . *Pag.* 103 a 110

Capo IV. — Definizione della fideiussione.

169. Varie denominazioni della fideiussione. — 170. Partizione delle definizioni . . . . . *Pag.* 110 a 112

Sezione I. — Definizioni legislative

171. Legislazione romana. — 172. Codice svedese. — 173-175. Legislazioni di tipo tedesco. — 176-178. Legislazioni di tipo francese. — 179-182. Legislazioni americane. — 183. Codice giapponese. *Pag.* 112 a 115

Sezione II. — Definizioni dottrinali.

§ 1. — Definizioni dottrinali generiche.

184-187. Definizioni di Accursio, Marsili, Corsi, Cuiacio, Troplong . . . . . *Pag.* 116 a 117

§ 2. = Definizioni dottrinali specifiche.

188-191. Definizioni di Hering, Pothier, Baudry-Lacantinerie et Wahl, Guillouard. — 192. Nostra definizione . . . *Pag.* 117 a 119

Capo V. — Classificazione della fideiussione.

193. Partizione . . . . . *Pag.* 119

Sezione I. — Classificazioni legislative.

194. Partizione delle classificazioni legislative. — 195. Primo sistema. — 196. Secondo sistema. — 197. Terzo sistema. — 198. Quarto sistema. — 199-203. Esame critico dei vari sistemi legislativi. *Pag.* 119 a 123

Sezione II. — Classificazioni dottrinali.

204. Partizione dei sistemi dottrinali. — 205. Primo sistema. — 206. Secondo sistema. — 207. Terzo sistema. — 208. Quarto sist. *P.* 123 a 124

TITOLO II.

ISTITUTI AFFINI

209. Quadro degli istituti affini. — 210. Principî direttivi. *Pag.* 125 a 126

Sezione I. — « Constitutum debiti alieni ».

211. Differenze tra questa promessa e la *fideiussio* *Pag.* 126 a 127

Digitized by Google

Sezione II. — **Mandato di credito.**

212. Necessità di un' ampia trattazione. — 213. Diritto attico. — 214. Diritto romano. — 215. Legislazioni moderne civili e commerciali . . . . . *Pag.* 127 a 129

§ 1. — **Il mandato civile di credito.**

216. Codice federale svizzero delle obbligazioni. — 217. Codice civile argentino. — 218. *Landrecht* prussiano. — 219. Nostra opinione. — 220. Codice svizzero e germanico. — 221-223. Dichiarazione *espressa* della volontà di rispondere per il pagamento. — 224. Obbiezioni di Pothier - Confutazione. — 225. Opinione del Geib - Confutazione. — 226. Obbiezione del Maynz - Confutazione. — 227. Obbligazione *nomine alieno* e *suo nomine*. — 228. Obbiezione del Brinz - Confutazione. — 229. Conclusione. — 230. Dichiarazione *tacita* della volontà di garantire il pagamento . . . . . *Pag.* 129 a 140

§ 2. — **Il mandato commerciale di credito.**

a) **Principî generali.**

231. Volontà di garantire tacitamente espressa . . *Pag.* 140 a 141

b) **La lettera di credito.**

232. Mandato di dar credito e mandato di pagare. — 233. Contenuto della lettera di credito. — 234-325. Legislazioni commerciali e Codice svizzero. — 236. L'intenzione delle parti. — 237. Nostra opinione sull'obbligazione di mandato. — 238. Nostra opinione sull'obbligazione di fideiussione. — 239. Necessità di distinguere il mandato dalla fideiussione. — 240. Fideiussione tacita mediante la lettera di credito. *Pag.* 141 a 146

§ 3. — **Disciplina giuridica del mandato di credito.**

241. Le regole del mandato e quelle della fideiussione. — 242. Necessità di tener distinti i due contratti . . . . . *Pag.* 147

Sezione III. — **Mandato ordinario e gestione d'affari.**

243. Differenze tra la fideiussione e questi due rapporti . *Pag.* 148

Sezione IV. — **Espromissione e delegazione.**

243-*bis*. Differenze tra la fideiussione e questi due rapporti. *Pag.* 148 a 149

Sezione V. — **Promessa del fatto altrui.**

244. Caratteri speciali della promessa del fatto altrui. *Pag.* 150 a 151

Sezione VI. — **Pegno e ipoteca.**

245. Analogie e differenze tra la fideiussione e questi rapporti. *P.* 151 a 152

Sezione VII. — **Costituzione di pegno per debito altrui.**

246. Differenze tra la garanzia personale e la reale . *Pag.* 152 a 153

Digitized by Google

SEZIONE VIII. — **Costituzione d'ipoteca per debito altrui.**

247. Analogie e differenze . . . . . *Pag.* 153 a 154

SEZIONE IX. — **L'obbligazione del condebitore semplice e la solidarietà.**

248. Il carattere di obbligazione principale. — 249. Caratteri differenziali tra la fideiussione e l'obbligazione d'un terzo obbligato in solido. — 250. Accessorietà dell'obbligazione del fideiussore solidale. — 251. Distinzione e affinità tra la fideiussione solidaria e l'obbligazione solidaria. — 252-253. Regola per determinare se esista una fideiussione solidale oppure un'obbligazione solidaria . . . . . *Pag.* 154 a 160

SEZIONE X. — **Il contratto di assicurazione e la fideiussione onerosa.**

254. Se quando il creditore dà una mercede al fideiussore nasca un rapporto di assicurazione. — 255. Dottrina francese. — 256-257. Nostra opinione . . . . . *Pag.* 160 a 163

SEZIONE XI. — **L'assicurazione contro l'insolvibilità del debitore.**

258. Caratteri differenziali. . . . . *Pag.* 163

SEZIONE XII. — **La donazione e la fideiussione gratuita.**

259. Differenze . . . . . *Pag.* 164

SEZIONE XIII. — **Lo star del credere.**

260. Esclusione del carattere fideiussorio . . . . . *Pag.* 164

SEZIONE XIV. — **L'avallo.**

261. Dottrina per la quale l'avallo è una fideiussione. — 262. Dottrina che nega il carattere fideiussorio. — 263. Distinzione dei rapporti tra avallante e avallato e tra avallante e possessore della cambiale. — 264-65. Esclusione della dottrina che l'avallo sia una fideiussione. *Pag.* 165 a 171

SEZIONE XV. — **L'obbligazione del girante cambiario.**

266. Differenze tra questa obbligazione e la fideiussione. *Pag.* 171 a 172

SEZIONE XVI. — **La cauzione dei contabili.**

267. Carattere *reale* della cauzione dei contabili . *Pag.* 172 a 173

Digitized by Google

TITOLO III.

I REQUISITI DELLA FIDEIUSSIONE

268. Partizione . . . . . *Pag.* 174 a 175

Capo I. — Il consenso.

269. La volontà delle parti. — 270. La volontà del debitore garantito. — 271. Vizi del consenso. — 272. Partizione . . *Pag.* 175 a 177

Sezione I. — Promessa di mallevare.

273-74. Se la promessa di mallevare equivalga alla fideiussione. *P.* 177 a 178

Sezione II. — Forma del consenso.

§ 1. — Legislazione comparata.

275. Diritto romano. — 276. Antico diritto francese. — 277-279. Sistemi adottati dalle legislazioni odierne. — 280. Nostra opinione. *Pag.* 178 a 182

§ 2. — Manifestazione della volontà di mallevare.

281. Opinioni varie degli autori. — 282. Nostra opinione. — 283. Casi in cui non v'è intenzione di mallevare. — 284. L'espressione della volontà di garantire in materia civile e commerciale. — 285. Applicazioni fatte dalla giurisprudenza. — 286. Conclusione . . . *Pag.* 182 a 187

§ 3. — L'articolo 1201 del Codice civile italiano.

287. Se l'art. 1201 del Codice civ. it. deroghi al principio per cui la fideiussione non si presume . . . . . *Pag.* 187 a 188

§ 4. — L'accettazione espressa del creditore.

288-289. Se occorra l'accettazione del creditore . . *Pag.* 188 a 189

Sezione III. — Le prove della fideiussione.

290. Mezzi di prova. — 291. Prova mediante lettera. — 292-293. Applicabilità dell'art. 1325 Cod. civ. it. — 294. Conseguenze della regola precedente. — 295. L'art. 1326 Cod. civ. it. . . . *Pag.* 189 a 195

Sezione IV. — L'estensione della fideiussione.

296. I termini nei quali è manifestato il consenso. — 297. Partizione . . . . . *Pag.* 195 a 196

Digitized by Google

§ 1. — **La fideiussione limitata.**

298. Principio fondamentale. — 299. Applicazioni. — 300. Se la morte del debitore liberi il fideiussore. — 301. *Quid juris* se l'usufruttuario garantito cede l'esercizio del suo diritto? — 302. *Quid juris* per il fideiussore di una donna usufruttuaria se questa si marita? — 303. La fideiussione non si estende « de tempore ad tempus ». *Pag.* 196 a 200

§ 2. — **La fideiussione illimitata.**

304. La fideiussione illimitata segue l'obbligazione garantita « in universam causam ». — 305-308. Legislazione comparata. — 309. Gli accrescimenti e le alterazioni del debito principale. — 310-311. Responsabilità per gli interessi legali e convenzionali. — 312. Responsabilità per gli interessi moratorii. — 313. Responsabilità per i danni cagionati da colpa del debitore. — 314. Alterazioni del debito per colpa del debitore. — 315. Risoluzione del contratto per colpa del debitore. — 316. Responsabilità per le obbligazioni di un fallito concordatario. — 317. Fideiussione per la locazione. — 318. Responsabilità per l'incendio del fondo locato. — 319. Responsabilità per le conseguenze dipendenti dal debito principale. — 320. Responsabilità per le spese fatte dal creditore. — 321. La denuncia da farsi al fideiussore. — 322. *Quid juris* per le spese fatte dal debitore? — 323. *Quid juris* per le obbligazioni del debitore posteriori alla fideiussione? . . . . . *Pag.* 200 a 210

SEZIONE V. — **La libertà di mallevare.**

324. Posizione del tema . . . . . *Pag.* 210

§ 1. — **Divieti testamentari.**

325. Limitazioni testamentarie del diritto di mallevare. *Pag.* 210 a 212

§ 2. — **« Pactum de non fideiubendo ».**

326. Il « pactum de non alienando » e il patto di non garantire. *Pag.* 212 a 213

SEZIONE VI. — **Trasmissibilità ereditaria della fideiussione.**

327. Legislazioni antiche. — 328-332. Legislazioni moderne. — 333. Responsabilità degli eredi di un fideiussore per un'obbligazione proveniente da delitto. — 334. Successione nei diritti del fideiussore . . *Pag.* 213 a 217

CAPO II. — **La capacità delle parti.**

335. Partizione . . . . . *Pag.* 217

SEZIONE I. — **Capacità di prestare fideiussione.**

§ 1. — **Diritto greco e romano.**

336. Capacità generica e speciale nel diritto greco. — 337. Il S. C. Velleiano. Altre esclusioni del diritto romano . . *Pag.* 217 a 219

Digitized by Google

§ 2. — **Diritto barbarico.**

338. Capacità generica e specifica . . . . . *Pag.* 219 a 220

§ 3. — **Diritto feudale.**

338*bis*. Regole speciali di quest'epoca . . . *Pag.* 221 a 222

§ 4 — **Legislazioni statutarie italiane.**

339. Cause d'incapacità a prestar fideiussione . . *Pag.* 222 a 224

§ 5. — **Diritto odierno.**

340. Partizione . . . . . *Pag.* 224

a) **La capacità generica del fideiussore.**

341-343. Legislazione comparata. — 344. Varie dottrine. — 345. Dottrina della capacità di contrattare. — 346. Dottrina della capacità di contrattare e di obbligarsi come fideiussore. — 347. Dottrina della capacità di fare un contratto di beneficenza. — 348. Dottrina della distinzione tra la fideiussione gratuita e l'onerosa. — 349. Dottrina della capacità di disporre. — 350. Nostra opinione. — 351. Gli incapaci di mallevare. — 352-361. La fideiussione della donna. — 362. Capacità delle persone giuridiche a prestare fideiussione. — 363. Capacità dello Stato *Pag.* 224 a 238

b) **La capacità speciale del fideiussore.**

364. Requisiti della capacità speciale . . . . . *Pag.* 238

I. — I beni del fideiussore.

365-366. Legislazione francese. — 367. Legislazione italiana. — 368-369. Legislazioni più recenti. — 370. Eccezioni al principio della solvibilità speciale. — 371. Senso dell'espressione *materie di commercio*. — 372. Ragioni che giustificano l'eccezione per le materie commerciali. — 373. Eccezione per i debiti tenui. — 374-375. Litigiosità dei beni. — 376. Senso della frase *beni litigiosi*. — 377. La condizione risolutiva. — 378. Immobili gravati da ipoteche o altri diritti. — 379-380. Distanza dei beni. — 381. L'ipoteca sui beni del fideiussore. — 382. Insolvibilità sopraggiunta del fideiussore. — 383-384. La legislazione romana e Pothier. — 385. Legislazioni odierne. — 386-389. Dottrina e critica. — 390. *Quid juris* nel caso in cui il creditore non ha preteso un fideiussore? — 391. Obbligo tacito di dare garanzia. — 392-393. Senso della frase *non solvente*. — 394. Diminuzione della solvibilità del fideiussore. — 395. *Quid juris* nel caso di confusione nella persona del debitore o del fideiussore? — 396. *Quid juris* nel caso di morte del fideiussore? . . *Pag.* 238 a 259

II. — Il domicilio del fideiussore.

397. Il domicilio del fideiussore. Legislazioni. — 398. Critica. — 399. Domicilio elettivo. — 400. *Quid juris* se il fideiussore cambia domicilio? — 401. Il luogo dove va prestata la garanzia. — 402. Dottrina. — 403. Nostra opinione. — 404. *Quid juris* se il debito principale fu contratto in luogo diverso dal domicilio del creditore? — 405. La questione del domicilio in rapporto alla fideiussione legale e giudiziaria. — 406. Eccezioni al principio relativo al domicilio del fideiussore. *Pag.* 259 a 271

Digitized by Google

III. — Esclusione dei requisiti non contemplati dalla legge.

407. Esclusione dei requisiti non contemplati dalla legge. — 408. L'arresto personale. — 409. Il carattere litigioso del fideiussore. — 410. Nazionalità straniera del fideiussore . . . . *Pag.* 271 a 273

IV. — Divieto di ricusare un fideiussore già accettato.

411. Se il creditore possa rifiutare un garante già accettato. *Pag.* 273 a 274

V. — La prova dei requisiti del fideiussore.

412. A chi incombe l'onere di provare l'esistenza dei requisiti del fideiussore . . . . . *Pag.* 274 a 276

SEZIONE II. — **Capacità di ricevere una fideiussione.**

§ 1. — **Capacità delle persone fisiche.**

413. Principio direttivo . . . . . *Pag.* 276 a 277

§ 2. — **Capacità delle persone giuridiche.**

414. Premessa. — 415. Capacità di ricevere una fideiussione. — 416. Capacità del Fisco. — 417. Capacità dello Stato. — 418. Capacità del Comune. — 419. Le fideiussioni che devono fornire i contraenti con l'amministrazione dello Stato. — 420. *L'approbatore* . *Pag.* 277 a 280

CAPO III. — **Validità del rapporto principale.**

421. Principio direttivo . . . . . *Pag.* 281

SEZIONE. I. — **Legislazione.**

422. Stato delle legislazioni . . . . . *Pag.* 281 a 282

SEZIONE II. — **Dottrina della validità dell'obbligazione principale.**

423. Distinzione tra l'inesistenza e l'annullabilità. — 424. Necessità di tale distinzione . . . . . *Pag.* 282 a 284

§ 1. — **La fideiussione in rapporto alla capacità del debitore.**

425. Premessa. — 426. L'art. 1899 del Cod. civ. it. — 427-430. Legislazione comparata. - 431. Ragioni addotte per la validità della fideiussione a favore d'un incapace. — 432-433. Confutazione. — 434. Senso dell'art. 1899 Cod. civ. it. — 435. Fideiussione prestata per un minorenne. — 436. Minorenne autorizzato a esercitare il commercio. — 437. Minorenne che fa uso di mezzi dolosi. — 438. Fideiussione prestata per un interdetto. — 439. Fideiussione prestata per chi è in stato di interdizione legale. — 440. Fideiussore d'un inabilitato. — 441. Fideiussore d'un emancipato. — 442. Fideiussione prestata per una donna maritata. — 443. Fideiussione prestata per la moglie autorizzata ad esercitare il commercio . . . . . *Pag.* 284 a 296

Digitized by Google

§ 2. — **La fideiussione in rapporto al consenso del debitore.**

444. Partizione. — 445. Mancanza assoluta e vizio del consenso. *P.* 296 a 297

§ 3. — **La fideiussione in rapporto all'oggetto della obbligazione principale.**

446. Mancanza assoluta dell'oggetto. — 447. Fideiussione di obbligazione futura o condizionale. — 448. Legislazione argentina. — 449-450. Validità della fideiussione prestata per la detta obbligazione. — 451. Se la fideiussione di una obbligazione futura possa essere revocata dal fideiussore. — 452. Possibilità delle garanzie di obbligazioni future. — 453. Fideiussione di obbligazione indeterminata. — 454. Se sia necessaria l'indicazione della persona del creditore. — 455. Fideiussione del saldo che risulterà da un conto corrente. — 456. Altri oggetti della fideiussione. — 457. Fideiussione di un'obbligazione naturale. — 458. Se sia ammissibile nel diritto odierno l'obbligazione naturale. — 459. Argomenti addotti contro l'ammissibilità dell'obbligazione naturale. — 460. Argomenti addotti per l'ammissibilità della obbligazione naturale. — 461. Fondamento ed effetti dell'obbligazione naturale. — 462. Inammissibilità della fideiussione di un'obbligazione naturale. — 463. Dottrina contraria del Guillouard. Sua confutazione. — 464. Conseguenza dell'accennata inammissibilità. — 465. Garanzia di un'obbligazione naturale mediante la *promessa del fatto altrui*. — 466. Fideiussione per il venditore o il compratore di cosa altrui . . . . . *Pag.* 297 a 316

§ 4. — **La fideiussione in rapporto alla causa della obbligazione principale.**

467. Principio direttivo. — 468. Mancanza di causa. — 469. Falsità della causa. — 470. Causa illecita . . . . . *Pag.* 317 a 319

§ 5. — **La fideiussione in rapporto alle forme estrinseche delle obbligazioni.**

471. Forme richieste *ad essenza* e *ad probationem* . . *Pag.* 319

Sezione III. — **La volontà del fideiussore in rapporto alla nullità e annullabilità dell'obbligazione garantita e delle garanzie concorrenti.**

472. Conoscenza e ignoranza della nullità dell'obbligazione principale. — 473. La volontà dei contraenti. — 474. L'annullabilità dell'obbligazione garantita per incapacità del debitore. — 475. Annullabilità dell'obbligazione garantita per causa di errore, violenza o dolo. — Se il fideiussore possa esercitare l'azione di nullità della fideiussione fondandosi sull'annullabilità dell'obbligazione garantita. — 476. L'effetto della *conferma* del debito principale. — 477-478. Eccezione di nullità dell'obbligazione principale per causa di errore, violenza o dolo. — 479. Conoscenza del vizio del debito principale. — 480. Garante in qualità di obbligato principale. — 481. Fideiussione prestata con la condizione del concorso di un'altra fideiussione. — 482. Fideiussore del fideiussore. — 483. Fideiussione prestata in considerazione d'un'ipoteca consentita dal debitore . . . . . *Pag.* 320 a 330

Digitized by Google

Capo IV. — L'identità della prestazione e i limiti della fideiussione.

484. Principio direttivo . . . . . *Pag.* 330 a 331

Sezione I. — L'identità della prestazione.

485. Senso dell'« identità ». — 486. Questioni. — 487. Se il fideiussore possa obbligarsi a pagare una somma di denaro in luogo di altra cosa. — 488-489. Nostra opinione. — 490. Se il fideiussore possa obbligarsi a pagare una cosa che non sia denaro in luogo di cosa diversa o di somma di denaro dovuta dal debitore. — 491-492. Questione in materia di garanzia per l'usufrutto d'un fondo. — 493. *Quid juris* se il senso della promessa del fideiussore è dubbio . . . *Pag.* 331 a 335

Sezione II. — La fideiussione « in duriorem » e in « leviorem causam ».

494. Principio direttivo. — 495. Legislazione comparata. *Pag.* 336 a 337

§ 1. — **Fideiussione « in duriorem causam ».**

496. Riducibilità della fideiussione. — 497. Diritto romano. — 498. Confutazione delle ragioni addotte per la nullità dell'intera fideiussione. — 499. Diritto vigente. — 500. Volontà delle parti circa l'eccedenza. — 501. Nostra opinione. — 502. Applicazioni. — 503-511. Modalità nell'eccedenza della fideiussione. — 512-516. Fideiussione intensivamente più efficace . . . . . *Pag.* 337 a 349

§ 2. — **Fideiussione « in leviorem causam ».**

517. Principio direttivo e applicazioni . . . . . *Pag.* 349 a 350

PARTE SPECIALE

TITOLO I.

EFFETTI DELLA FIDEIUSSIONE

Capo I. — Effetti della fideiussione tra creditore e fideiussore

§ 1. — Condizioni dell'obbligo di pagare.

518. L'azione immediata contro il fideiussore. — 519-520. Non necessità di costituire in mora il debitore. — 521. Epoca in cui il fideiussore deve pagare. — 522. Il beneficio del termine. — 523. *Quid juris* se il debitore fallisce? — 524. *Quid juris* per l'avallo? — 525. Rinuncia

Digitized by Google

al beneficio del termine fatta dal debitore. — 526. Condizioni del pagamento. — 527. Imputazione del pagamento su alcuno fra più debiti. — 528. Pagamenti parziali. — 529. Imputazione del pagamento sugli interessi. — 530. *Quid juris* nel caso di fideiussione indefinita? *Pag.* 351 a 360

§ 2. — **Effetti del fallimento del fideiussore o del debitore.**

531. Diritti del creditore verso il fideiussore fallito e verso altri coobbligati falliti. — 532. *Quid juris* se il fideiussore del fallito ha una ipoteca o un pegno sui beni del debitore fallito? — 533. Diritti del creditore nel caso in cui il debitore ottiene un concordato. — 534. *Quid juris* nel caso di risoluzione del concordato? — 535. *Quid juris* nel caso di annullamento del concordato? — 536. *Quid juris* nel caso in cui venga dichiarato un secondo fallimento? — 537. Se il fideiussore del conduttore possa valersi dello scioglimento della locazione avvenuto in forza dell'art. 703 Cod. comm. it. . . . . *Pag.* 360 a 365

§ 3. — **I mezzi esecutivi contro il fideiussore.**

538. Il titolo esecutivo — 539. Diritto barbarico. — 540-543. Diritto feudale. — 544. Diritto italiano vigente . . . . *Pag.* 365 a 368

§ 4. — **Beneficio d'escussione.**

545. Partizione . . . . . *Pag.* 368

a) **Condizioni per l'esercizio del beneficio di escussione.**

546. Le condizioni. — 547. Il momento in cui va invocato il beneficio d'escussione. — 548-554. Continuazione. — 555. L'indicazione dei beni del debitore. — 556. Se sia necessario che i beni indicati per la escussione siano immobili. — 557. Se sia necessario che tali beni bastino ad estinguere tutto il debito. — 558-559. Se l'indicazione dei beni debba farsi in una volta sola. — 560. Obbligo del creditore di escutere tutti i beni a lui indicati. — 561-562. Esclusione dei beni situati fuori della giurisdizione della Corte d'appello, in cui si deve fare il pagamento. — 563. Esclusione dei beni litigiosi. — 564. Senso dell'espressione « beni litigiosi ». — 565. *Quid juris* per i beni indivisi? — 566. Beni gravati da ipoteche numerose o eccedenti il loro valore. — 567-569. Concorso di garanzie reali con garanzie personali. — 570. Critica del sistema vigente. — 571. Beni attualmente posseduti da coloro che sono succeduti a titolo universale nelle sostanze del debitore. — 572. Se il fideiussore possa obbligare il creditore ad escutere non solo i beni del debitore garantito, ma altresì quelli degli altri debitori solidali non garantiti. — 573. L'anticipazione delle spese. — 574. Continuazione. — 575. Obbligo del fideiussore di offrire la detta anticipazione quando il creditore la richiede. — 576. Determinazione dell'ammontare dell'anticipazione e delle relative modalità . . . . . *Pag.* 369 a 387

b) **Sanzione dell'obbligo di escutere il debitore.**

577-578. Responsabilità del creditore per il ritardo nell'escutere il debitore divenuto poi insolvibile. — 579. Condizioni alle quali è subordinata la responsabilità del creditore. — 580. Continuazione. — 581. Obbligo del fideiussore di escutere anche i beni non ipotecati a suo favore. *Pag.* 387 a 392

Digitized by Google

c) **Qualità e cause determinanti o escludenti il beneficio di escussione.**

582. Il fideiussore giudiziale. — 583. Il fideiussore legale. — 584. Il *fideiussor fideiussoris*. — 585. Diritto del *fideiussor fideiussoris* di domandare l'escussione del fideiussore garantito e del debitore. — 586. Diritto del *fideiussor fideiussoris* di invocare le eccezioni, inerenti al debito, del fideiussore garantito. — 587. Il fideiussore del fideiussore giudiziale. — 588. Continuazione. — 589. Esclusione del diritto di chi garantisce il fideiussore giudiziale di esigere l'escussione del debitore. — 590. Condizione giuridica dell'« approbatore ». — 591. Esclusioni dal beneficio di escussione dei non fideiussori. — 592. Rinuncia al beneficio di escussione. — 593. Fideiussore obbligatosi in solido col debitore. — 594. Esclusione del beneficio d'escussione per chi ha garantito un'obbligazione principale. — 595. Cause speciali di esclusione dal beneficio di escussione. — 596. Notoria insolvibilità e fallimento del debitore. — 597. *Quid juris* se l'escussione non può più farsi nello Stato in cui il debito fu contratto? . . . . . *Pag.* 392 a 407

§ 5. — **Beneficio di divisione.**

598. Premessa . . . . . *Pag.* 407 e 408

a) **Legislazione comparata.**

599. Diritto greco. — 600. Legislazione romana. — 601. Antico diritto consuetudinario francese. — 602. Legislazioni moderne. *Pag.* 408 a 413

b) **Esame critico del sistema vigente.**

603. Mancanza di logica nel sistema vigente. — 604. Continuazione. — 605. I confideiussori non sono condebitori solidali — Conseguenze . . . . . *Pag.* 413 a 417

c) **Condizioni per l'esercizio del beneficio di divisione.**

606. La divisione del debito non ha luogo di diritto. — 607. Carattere perentorio dell'eccezione di divisione. — 608. Il beneficio di divisione può essere invocato dopo quello di escussione. — 609. Esclusione dell'obbligo di anticipare le spese. — 610. Rifiuto del creditore di dividere l'azione. — 611. Esclusione dell'obbligo di indicare i beni . *Pag.* 417 a 421

d) **Chi può invocare il beneficio di divisione.**

612. Rinuncia al beneficio di divisione. — 613. Confideiussori solidali. — 614. Esclusione del beneficio per l'avallante d'una cambiale. — 615. Il fideiussore giudiziale. — 616. *Quid juris* se il fideiussore neghi in mala fede la sua obbligazione. — 617. *Quid juris* se l'obbligazione principale è indivisibile. . . . . *Pag.* 421 a 424

e) **Fra quali persone ha luogo la divisione.**

618. Esclusione della divisione tra il fideiussore e il *fideiussor fideiussoris*. — 619. Se il fideiussore di un condebitore solidale possa domandare la divisione tra lui e il fideiussore dell'altro debitore solidale. — 620. Effetti dell'inesistenza o dell'annullabilità dell'obbligazione di uno o più fideiussori. — 621. Modalità dell'obbligazione di uno dei confideiussori. — 622. Fideiussori obbligati successivamente. — 623-626. Insol-

Digitized by Google

venza di alcuni fideiussori al tempo della divisione. — 627. Confideiussore domiciliato all'estero o avente beni situati all'estero. — 628. Prova della insolvibilità d'un confideiussore. — 629. Falsa supposizione della solvibilità d'un confideiussore . . . . . *Pag.* 424 a 430

f) **Divisione fatta spontaneamente dal creditore.**

630. Modalità della divisione volontaria — 631-632. Domanda giudiziale presentata contro uno dei confideiussori per la sola sua quota. — 633. Conclusione . . . . . *Pag.* 431 a 434

Capo II. — Effetti della fideiussione tra il fideiussore e il debitore.

634. Partizione . . . . . *Pag.* 435

§ 1. — Il regresso fideiussorio.

635. Concetto . . . . . *Pag.* 435

a) **Legislazione comparata.**

636. Diritto greco. — 637. Legislazione romana. — 638. Diritto barbarico. — 639. Diritto francese dell'epoca feudale. — 640. Diritto francese anteriore al Codice. — 641. Legislazioni moderne. *Pag.* 435 a 439

b) **Fondamento o natura del regresso.**

642. L'*actio mandati* e l'*actio negotiorum gestorum*. — 643. Se il fideiussore che garantisce contro la volontà del debitore principale abbia il regresso. — 644-645. Continuazione. — 646. L'azione di rimborso dell'avallante . . . . . *Pag.* 439 a 444

c) **Condizioni necessarie per l'esercizio del regresso.**

647. Partizione. — 648. Senso della parola *pagamento*. — 649. Condono del debito fatto dal creditore al fideiussore. — 650. Validità del pagamento. — 651. Azioni verso persone diverse dal debitore. — 652-653. Eccezioni che il fideiussore deve opporre. — 654. Prova dell'eseguito pagamento. — 655. Avviso al debitore del fatto pagamento. — 656. Se l'obbligo di avvertire il debitore sussista anche quando il fideiussore ha denunciato al debitore il procedimento contro lui diretto. — 657-658. *Quid juris* se il debitore paga senza avvertire il fideiussore, il quale paga anch'esso. — 659. Continuazione. — 660. La colpa del fideiussore. — 661. L'art. 1918, capov. del Cod. it. — 662. Continuazione. - 663. *Quid juris* se il fideiussore ha pagato dopo essere stato convenuto, ma senza aver avvisato il debitore. — 664. Continuazione. — 665. Il regresso in rapporto al concordato. — 666. La prescrizione dell'azione di regresso. — 667. La prescrizione del credito fideiussorio per gli interessi pagati dal fideiussore . . . . . *Pag.* 445 a 460

d) **Contenuto del regresso.**

668. Principio direttivo. — 669. Il rimborso del capitale. — 670. Il rimborso degli interessi. — 671. Il giorno da cui decorrono gli interessi per le anticipazioni di capitale fatto dal fideiussore, se il credito era per convenzione fruttifero. — 672. Il giorno da cui decorrono gli inte-

Digitized by Google

ressi se il credito era per convenzione infruttifero. — 673-674. Il rimborso delle spese. — 675. Il regresso per i danni. — 676. *Quid juris* se il fideiussore ha garantito nell'interesse del creditore, oppure nell'interesse del debitore e nell'interesse proprio . . . . *Pag.* 460 a 467

§ 2. — Il subingresso fideiussorio.

677. Scopo del subingresso . . . . . *Pag.* 467 a 468

a) Legislazione comparata.

678. Diritto greco. — 679. Legislazione romana. — 680. Diritto francese antico. — 681. Legislazioni odierne. — 682. Il subingresso dell'avallante . . . . . *Pag.* 468 a 471

b) Carattere ed estensione del subingresso.

683. Il subingresso ha luogo di pieno diritto. — 684. Estensione del subingresso. — 685. Quali garanzie sono comprese nel subingresso. — 686. Limiti del subingresso. — 687. Ragioni acquistate dal creditore posteriormente alla fideiussione. — 688. *Quid juris* per l'azione di sfratto. — 689-690. L'azione risolutiva nella vendita. — 691. Conflitto di surrogazioni. — 692. Concorso del creditore parzialmente soddisfatto col fideiussore. — 693. Liberazione accordata dal creditore al fideiussore. — 694. *Quid juris* se il debitore cade in fallimento o in non solvenza *Pag.* 471 a 479

§ 3. — Azione fideiussoria contro i condebitori solidali e i terzi.

695. Regresso del fideiussore che ha fatto sicurtà per più condebitori solidali. — 696. Quale azione spetta al fideiussore che ha garantito un solo condebitore solidale. — 697. Se gli spetti il subingresso per l'intero. — 698. Teoria della surrogazione nei diritti del debitore - Confutazione. — 699. Pretesa modificazione implicita della surrogazione legale. — 700. Altre obbiezioni contro la teoria del subingresso per l'intero - Confutazione. — 701. Divieto per i condebitori non garantiti di opporre al fideiussore le eccezioni che avrebbero potuto invocare contro il debitore garantito. — 702. Surrogazione convenzionale. — 703. Subingresso del fideiussore che ha garantito per uno fra più debitori non obbligati solidariamente per lo stesso debito. — 704. Inapplicabilità dell'art. 1920 Codice italiano nei rapporti fra il fideiussore e il terzo che ha ipotecato il proprio fondo per sicurtà dello stesso debito . . . *Pag.* 480 a 491

§ 4. — L'azione di rilevazione.

705. Criterio fondamentale . . . . . *Pag.* 492

a) — Legislazione comparata.

706. Diritto greco. — 707. Legislazione romana. — 708. Diritto barbarico. — 709. Legislazioni statutarie italiane. — 710. Diritto francese anteriore al Codice. — 711. Legislazioni vigenti . *Pag.* 492 a 500

b) — Scopo dell'azione di rilevazione.

712. Critica delle espressioni scritte nella disposizione relativa all'azione di rilevazione. — 713-714. Contenuto dell'azione di rilevazione. — 715. Esclusione della rilevazione contro i danni di cui il fideiussore non potrebbe esigere la riparazione neppure col regresso . *Pag.* 501 a 505

Digitized by Google

c) — **Cause determinanti o escludenti l'azione di rilevazione.**

716. Casi in cui spetta al fideiussore l'azione di rilievo. — 717. Liberazione convenzionale del fideiussore. — 718-719. Continuazione. — 720. Domanda giudiziale del pagamento. — 721. Esigibilità del debito. — 722. Insolvenza e fallimento del debitore. — 723. Continuazione. — 724. Mancanza di un termine fisso per la scadenza del debito. — 725. Regola relativa al caso in cui l'obbligazione principale ha un termine fisso per la scadenza. — 726. Regola relativa al caso in cui l'obbligazione principale è di tal natura che non si può estinguere prima di un tempo determinato. — 727. Applicazioni della regola precedente. — 728. Regola relativa al caso del fideiussore di una rendita costituita. — 729. Tassatività dei casi contemplati dalla legge. — 730. *Quid juris* se il fideiussore in luogo di domandare la rilevazione paga il debito non ancora scaduto e ne chiede il rimborso? — 731. Nostra opinione. — 732. Esclusione dell' azione di rilievo quando il creditore agisce direttamente contro il debitore . . . . . *Pag.* 505 a 528

d) — **A chi spetta l'azione di rilevazione.**

733. Esclusione dell' azione di rilievo di colui che ha garantito unicamente nell'interesse del creditore. — 734. Inapplicabilità dell'azione di rilievo al caso di un fideiussore obbligatosi contro la volontà del debitore, o ad insaputa del medesimo. — 735. Applicabilità dell' azione di rilievo al fideiussore obbligato in solido col debitore. — 736. Esclusione dalla detta azione di colui che ha consentito un'ipoteca sul proprio fondo a favore di un debito altrui. — 737. Inapplicabilità dell'azione di rilievo ai condebitori solidali quando l'affare per cui il debito fu contratto riguarda uno solo degli obbligati in solido . . . . . *Pag.* 528 a 533

Capo III. — Rapporti tra i confideiussori.

738. Premessa . . . . . *Pag.* 533 a 534

a) — **Legislazione comparata.**

739. Legislazione romana. — 740. Diritto francese anteriore al Codice. — 741. Legislazioni odierne . . . . . *Pag.* 534 a 538

b) — **Natura dell'azione contro i confideiussori.**

742. Opinioni varie. — 743. Esame critico di tali opinioni. — 744. *L'actio utilis negotiorum gestorum.* — La surrogazione legale *Pag.* 538 a 543

c) — **Condizioni per l'esercizio dell'azione contro i confideiussori.**

745. Se nel caso d'insolvibilità del debitore spetti al fideiussore il regresso prima di aver pagato. — 746. Se quando uno dei fideiussori è giudizialmente convenuto dal creditore abbia azione contro i confideiussori per le spese fatte dopo la denuncia della lite. — 747. Validità del pagamento. — 748. Pagamento parziale. — 749. Prova del pagamento. — 750. In quali casi il fideiussore che ha pagato può esercitare il regresso verso i confideiussori . . . . . *Pag.* 543 a 548

Digitized by Google

d) — **Centro chi può esercitarsi l'azione.**

751 Fideiussioni prestate per atti successivi. — 752. Se spetti al fideiussore il regresso contro colui che diede ipoteca a garanzia del medesimo debito. — 753. Se spetti il regresso al fideiussore contro il terzo possessore che deve soffrire l'ipoteca per l'acquisto da lui fatto dell'immobile che ne è gravato. — 754. Se il fideiussore, nel caso di più debitori solidali, ciascuno dei quali ha dato separatamente un fideiussore, possa esercitare il regresso contro gli altri garanti . . *Pag.* 549 a 553

e) — **Estensione dell'azione contro i confideiussori.**

755. Limitazione del regresso a quanto il fideiussore ha pagato in estinzione della quota di ciascun confideiussore. — 756. Se, pattuita una surrogazione convenzionale nei diritti del creditore, il fideiussore abbia il regresso per l'intero contro ogni confideiussore, dedotta la propria parte. — 757-758. Continuazione. — 759. *Quid juris* se uno dei confideiussori è insolvente nel momento in cui il fideiussore che ha pagato esercita il regresso. — 760. Continuazione. . . . . *Pag.* 553 a 561

TITOLO II.

ESTINZIONE DELLA FIDEIUSSIONE

761. Cause di estinzione. — 762. Diritto greco . . . *Pag.* 563

Capo I. — Estinzione diretta della fideiussione.

763. Legislazioni vigenti . . . . . *Pag.* 564

§ 1. — Condono del debito.

764. Principio. — 765. Condono espresso. — 766. Condono tacito. — 767. Se la liberazione personale accordata ad uno dei fideiussori liberi anche i confideiussori. — 768. Se il creditore per liberare il fideiussore possa ricevere da lui qualche cosa senza imputarla sul debito. — 769. Continuazione . . . . . *Pag.* 565 a 570

§ 2. — La compensazione.

770. Concetto. — 771. Compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale. — 772. *Quid juris* se il fideiussore non oppone al creditore la compensazione con un proprio credito e paga il debito. — 773. Divieto al debitore di opporre la compensazione di quanto il creditore deve al fideiussore . . . . . *Pag.* 570 a 573

§ 3. — La confusione.

774. Casi di confusione. — 775. Successione del fideiussore al debitore principale o di questo a quello. — 776. *Quid juris* per la garanzia

Digitized by Google

prestata dal fideiussore del fideiussore. — 777. Continuazione. — 778. Casi di *plenioritià* della fideiussione. — 779. Diritto del creditore di domandare la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. — 780. Successione del creditore al fideiussore o di questo a quello. — 781. *Plenioritià* della fideiussione. — 782. Intangibilità dei diritti dei terzi e della condizione del debitore. — 783. Effetto della cessazione della confusione. *Pag.* 573 a 583

§ 4. — **La prescrizione estintiva.**

784. Estinzione diretta della fideiussione per via di prescrizione. — 785. Interruzione della prescrizione della garanzia personale. *Pag.* 584 a 587

§ 5. — **Il giuramento.**

786. Giuramento sull'esistenza della fideiussione. — 787. Rifiuto del fideiussore di prestare il giuramento o di riferirlo. — 788. Continuazione . . . . . *Pag.* 587 a 589

§ 6. — **La cosa giudicata.**

789. Effetti della cosa giudicata intervenuta tra il creditore e il fideiussore . . . . . *Pag.* 589 a 591

§ 7. — **La transazione.**

790. Effetti della transazione fra il creditore e il fideiussore. *Pag.* 591 a 592

§ 8. — **Cause speciali di estinzione diretta.**

791. Regola e applicazioni . . . . . *Pag.* 592 a 593

§ 9. — **Applicabilità dei medesimi principii alla fideiussione semplice e solidale.**

792. Regola e applicazione alla prescrizione della fideiussione solidaria . . . . . *Pag.* 593 a 594

Capo II. — Estinzione indiretta per estinzione dell'obbligazione principale.

793. Regola. — 794. Pagamento. — 795-796. Continuazione. — 797. Novazione. — 798. Delegazione attiva e novazione oggettiva. — 799. Novazione compiuta riguardo al fideiussore. — 800. *Quid juris* se il creditore esige l'adesione dei fideiussori. — 801. « *Datio in solutum* ». — 802. Condizioni necessarie affinchè la *datio in solutum* produca la liberazione del fideiussore. — 803. Se il fideiussore rimanga liberato ancorchè il creditore soffra in seguito l'evizione. — 804. Se il creditore possa riservarsi i diritti contro il fideiussore per il caso in cui egli soffra l'evizione. — 805. Se la liberazione del fideiussore abbia luogo qualunque sia la causa dell'evizione. — 806. *Quid juris* se il creditore è stato pagato e il pagamento venga annullato. — 807. Proroga del termine. — 808. Critica della legislazione francese. — 809. Sistema della legislazione italiana. — 810. Sistema di altre legislazioni vigenti. — 811-812. Interpretazione e applicazione degli art. 1931 e 1930 Codice italiano. — 812*bis*. Continuazione. —

Digitized by Google

813. *Quid juris* se posteriormente alla concessione della proroga fatta dal creditore, il debitore diventa insolvibile. — 814. Se il creditore che accorda la proroga al debitore abbia l'obbligo di avvertirne il fideiussore. — 815. Se il fideiussore possa agire immediatamente contro il debitore nonostante la proroga a quest'ultimo accordata dal creditore. — 816. Condono del debito. — 817. Diritti dei creditori contro i fideiussori del fallito concordatario. — 818. Compensazione. — 819. Se il fideiussore solidale possa opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore. — 820. Confusione. — 821. Se nella fideiussione *donandi animo* la confusione liberi il fideiussore. — 822. Perdita della cosa dovuta. — 823. Condizione risolutiva. — 824. Prescrizione. — 825. Cosa giudicata. — 826. Continuazione. — 827. Transazione. — 828. Giuramento . . . . . *Pag.* 594 a 621

Capo III. — **Estinzione indiretta per via di eccezioni reali.**

829. Opponibilità delle eccezioni inerenti al debito. — 830. Se il fideiussore possa obbligarsi a pagare senza opporre eccezioni o rinunciare a far valere una data eccezione. — 831. Distinzione tra le eccezioni in *personam* e le eccezioni *in rem*. — 832-833. Continuazione. - 834. Applicabilità della regola alla fideiussione solidaria. — 835. Facoltà di opporre le eccezioni *jure proprio*. — 836. Liberazione del fideiussore per mancata surrogazione nelle ragioni creditorie. — 837. Legislazione romana e legislazioni odierne. — 838. Fondamento dell'eccezione *cedendarum actionum*. — 839. Obbligo del possessore cambiario di conservare i diritti all'avallante. — 840. Rinuncia all'eccezione *cedendarum actionum*. — 841. Fatti positivi e fatti negativi. — 842. Insolvibilità del debitore. — 843. Obbligo di conservare le garanzie anche in fatto. — 844. Principii relativi alla colpa del creditore. — 845. Continuazione. — 846. Quali ragioni devono essere conservate. — 847. Garanzie acquistate dopo l'assunzione della fideiussione. — 848. A chi spetta la prova del danno. — 849. Continuazione. — 850. Deroga contrattuale alla regola relativa all'eccezione *cedendarum actionum*. — 851. *Quid juris* per la fideiussione solidaria. — 852. Se il condebitore solidale possa invocare l'art. 1928 Codice civile italiano. — 853. Se chi ha consentito una ipoteca sui proprii beni possa invocare il detto articolo - Terzo possessore. . . . . *Pag.* 621 a 640

TITOLO III.

DIRITTO TRANSITORIO E INTERNAZIONALE

Capo I. — **Diritto transitorio.**

Sezione I. — **Principio generale.**

854. La regola . . . . . *Pag.* 641 a 642

Sezione II. — **Applicazioni.**

855. Obbligo di fornire un fideiussore. — 856. Forma e requisiti della fideiussione — 857. L'incapacità delle donne secondo il S. C. Vel-

Digitized by Google

leiano. — 858. Contenuto della fideiussione. — 859. Rapporti giuridici tra il creditore e il fideiussore, ed il debitore e il fideiussore. — 860. Rapporti giuridici tra i confideiussori. - 861. Durata della fideiussione. — 862. Trasmissibilità per successione del vincolo fideiussorio *Pag.* 642 a 646

Capo II. — **Diritto internazionale.**

Sezione I. — **Principio generale.**

863. Regola . . . . . *Pag.* 647

Sezione II. — **Applicazioni.**

864. Capacità. — 865. Validità, sostanza, effetti della fideiussione. — 866-869. Fideiussione convenzionale - *Il vinculum juris e l'onus obligationis.* — 870. Fideiussione legale 871. Forma della fideiussione. — 872. Prove della fideiussione. 873. Interpretazione della fideiussione . . . . . *Pag.* 647 a 651

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO-ANALITICO

NB. I numeri si riferiscono ai paragrafi.

Accessorietà, 17-24; 56.
Actio mandati, 642.
Actio negotiorum gestorum, 642; 744 e seg.
Approbatore, 590.
Assicurazione, 254-258.
Autonomia: vedi *Dipendenza.*
Avallo, 261-265; 524; 614; 646; 682; 839.
Azione di rilevazione, 705 e seg.

Beneficio della divis., 24; 598 e seg.
Beneficio d'escussione, 92 e seg.; 545 e seg.
Beni del fideiussore, 365-396.

Capacità di prestare fideiussione, 336-413; 856; 864.
Capacità di ricevere una fideiussione, 413-420.
Caratteri della garanzia, 87-89.
Causa della fideiussione, 84.
Cautio judicatum solvi, 167-168.
Cautiones romane, 167.
Cauzione dei contabili, 267.
Cessione di crediti, 80.
Classificazione della fid., 193-208.
Colpa del creditore, 844-845.
Colpa del fideiussore, 660.
Compensazione, 770-773; 818-819.
Concordato, 665; 817.
Condebitore semplice, 248-249.
Condebitore solidale, 248-249; 251-253; 695-702; 852.
Condizioni dell' obbligo di pagare, 518-530.
Condono del debito, 649; 764-769; 816-817.
Confideiussori, 599-605; 613; 620-629; 742-750; 860.
Confusione, 774-783; 820-821.
Connessità, 70-72.
Consenso, 269 e seg.
Constitutum debiti alieni, 211.
Consumazione processuale, 93-94.
Contenuto della fid., 83; 858.
Correalità, 66.
Cosa giudicata, 789; 825-826.
Costituzione d' ipoteca per debito altrui, 247; 704; 736; 752; 853.
Costituzione di pegno per debito altrui, 246.
Condizione risolutiva, 823.

Danni, 675; 848-849.
Datio in solutum, 801-805.
Definizione della fideiuss., 169-192.

Digitized by Google

Delegazione, 243*bis*; 798.
Dipendenza della fideiuss., 8; 73-77.
Diritto internazionale, 863-873.
Diritto transitorio, 854-862.
Domicilio del fideiussore, 397-406.
Donazione, 259.

Eccezione *cedendarum actionum*: vedi *Liberazione del fideiuss.*
Eccezioni, 652-653; 829-835.
Esecuzione contro il fid., 538-544.
Espromissione, 243*bis*.
Estinzione della fid., 761 e seg.
Evizione, 36.

Fallimento del fideiussore o del debitore, 531-537; 694.
Fideiussio romana, 17.
Fideiussione barbarica *necessaria*, 19; *volontaria*, 20.
Fid. civile e commerciale, 124 e seg.
Fideiuss. convenzionale, 145-146; 865-869.
Fid. giudiziale, 145; 582; 615.
Fid. illimitata, 304-323.
Fideiussioni imposte alle parti litiganti per l'esecuzione delle sentenze, 35.
Fideiussione *in duriorem* o *in leviorem causam*, 494-517.
Fideiussione legale, 145; 583; 870.
Fideiussione limitata, 298-303.
Fid. solidale, 161; 250-253; 593; 735; 792; 834; 851.
Fideiussore del fideiussore giudiziale, 587-589.
Fideiussore di un condebitore solidale, 619.
Fideiussor fideiussoris, 163; 584-586; 618; 776-777.
Fideiussore del regresso, 164.
Fidepromissio, 15-16.
Forma del consenso, 275-280.

Gestione d'affari, 243.
Girante cambiario, 266.
Girata della cambiale, 81.
Giuramento, 786-788; 828.
Gratuità della fideiuss., 119-120.

Identità della prestazione, 485-493.
Interessi, 670-672.
Interpretazione della fid., 873.
Ipoteca, 245.

Locazione, 14.
Liberazione del fid., 836-853.
Libertà di mallevare, 324-326.

Mandato di credito, 212-242.
Mandato ordinario, 243.
Manifestazione della volontà di mallevare, 281-286.

Novazione, 798-800.

Obbligazione futura, 447-452.
Obbligaz. indeterminata, 453-455.
Obbligazione naturale, 457-465.
Obbligo di fornire una fideiussione, 147-158; 855.
Oggetto della fideiussione, 57.

Pagamento, 794-796.
Pegno, 245.
Perdita della cosa dovuta, 822.
Persone giurid., 362-363; 414-420.
Plégerie, 27-30; 32-33.
Pleniorità della fid., 778; 781.
Plévine simple o *de dette*, 31.
Prescrizione, 666-667; 784-785; 792; 824.
Prestito di libri nelle biblioteche pubbliche, 145.

Digitized by Google

Promessa del fatto altrui, 244.
Promessa di mallevare, 273-274.
Proroga del termine, 807-815.
Prova della fid., 290-295; 872.
Proverbi di Salomone, 2; 50.

Regresso, 635 e seg.
Rendita costituita, 728.
Rimborso del capitale, 699.
Rimborso delle spese, 673-674.

S. C. Vellejano, 337; 352-353; 356-358; 857.
Singularsuccession, 69.
Solidarietà, 67; 248-249.
Sponsio, 15-16.
Star del credere, 260.
Subingresso, 677 e seg.; 744; 756; 836 e seg.
Surrogazione: vedi *Subingresso*.
Sussidiarietà, 62-64.

Transazione, 790; 827.
Trasmissibilità della fid., 24, 33, 43; 79; 327-334; 862.

Unicità dell'obbligazione, 68.
Unilateralità della fid., 121-123.

Validità dell' obbligazione principale, 421-483.
Vendita, 13.

Wadia, 21-23.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google